بحر المذهب

في فروع المذهب الشافعي

تأليف

القاضي العلامة فخر الإسلام شيخ الشافعية
الإمام أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني
المتوفى ٥٠٢ هـ

تحقيق

طارق فتحي السيد

الجزء السابع

يحتوي على الكتب التالية :

الشفعة - القراض - المساقاة - الشرط في الرقيق - الإجارات
العطايا والصدقات والحبس والسائبة - المزارعة وكراء الأرض والشركة في الزرع
إحياء الموات - اللقطة - الجعالة - الفرائض

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title :	**BAHR AL - MADHAB**	**الكتاب :**	**بحر المذهب**
Classification:	Shafeit jurisprudence	**التصنيف**	: فقه شافعي
Author	: Imām Abu al-Mahāsin al-Rūyāni	**المؤلف**	:الإمام أبو المحاسن الروياني
Editor	: Ṭāriq Fatḥi al-Sayyid	**المحقق**	: طارق فتحي السيد
Publisher	: Dar Al-Kotob Al-ilmiayh	**الناشر**	: دار الكتب العلميـــة – بيروت
Pages	: 7232(14 volumes)	**عدد الصفحات**	: 7232(14 جزءاً)
Size	: 17*24	**قياس الصفحات**	: 17*24
Year	: 2009	**سنة الطباعة**	: 2009
Printed in	: Lebanon	**بلد الطباعة**	: لبنـــان
Edition	: 1st	**الطبعة**	: الأولى

DKi
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Est. by Mohamad Ali Baydoun
1971 Beirut - Lebanon
Aramoun, al-Quebbah
Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg
Tel : [illegible]
Fax : [illegible]
P.O.Box : [illegible] Beirut-Lebanon
Riyad al-Solh Beirut [illegible]

ISBN 978-2-7451-4061-6
ISBN 2-7451-4061-2
9 782745 140616

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة

قال: أخبرنا مالكٌ وذكرَ الخبر.

وهذا كما قال: سُمّيت الشفعة شفعةً لأن الرجل إذا أراد بيع داره أتاه شريكه أو جاره يشفع إليه فيما يبيع فسميت شفعةً وسمي طالبها شفيعاً وهذا قول أبي محمد بن قتيبة وقيل: سميت به لأن طالبها جاء تالياً للمشتري فكان ثانياً بعد أولٍ فسمي شفيعاً لأن الاثنين شفعٌ والواحد وتر وسمي الطلب شفعةً، وقال ثعلب: الشفعة الزيادة ولهذا إذا أضيف إلى الوتر غيره صار شفعاً، والشفيع يضم نصيب شريكه إلى نصيبه فيصير نصيبه زائداً بعد أن كان ناقصاً، والشفعة في الشرع حق تملك لدفع الضرر عن الملك بإخراج الدخيل في الملك، وحكي عن الأصم وإسماعيل ابن عُلية أنه لا أصل للشفعة وهي باطلة وهذا قول متروك عليهما والأصل فيها الكتاب والسنة [٦٠/ب] والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] وهذا من جملة البرّ.

وأما السنة فما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الشفعة في كل شركٍ ربعةٌ أو حائط لا يصلح أن يباع حتى يؤذن شريكه فإن باعه فهو أحق به»[١]، وروي أنه قضى بالشفعة في كل شركٍ ما لم يقسم ربعةٌ أو حائطٌ لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به بالثمن والربع والربعة المنزل الذي يربع به الإنسان ويتوطنه يقال: هذا رَبْعٌ وهذه رَبعةٌ كما قالوا: دارٌ ودارة وقيل: الرَبع اسمٌ للدار مع بنائها والحائط اسمٌ للبستان مع غراسه، وروى جابر أن النبي ﷺ قال: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»[٢].

وروي عن جابر أنه قال: إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة[٣] وكلمة إنما تعمل بركنيها فهي مثبتة للشيء نافية لما سواه وهذا يدل على أنه لا شفعة في المقسوم، وقال الأزهري: قال أهل العربية: إنما تقتضي إيجاب شيء ونفي غيره كقولهم إنما المرء بأصغريه بقلبه ولسانه ومعناه أن كمال المرء بهذين العضوين وإن صغرا منظراً، واعلم أن الشافعي روى قوله

---

(١) (٣) أخرجه مسلم (١٦٠٨).

(٢) أخرجه البيهقي في «معرفة السنن» (٣٦٩٣).

الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة مرسلاً عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن عن النبي[١] ﷺ ورواه في «الإملاء» عنهما عن أبي هريرة عن النبي ﷺ ورواه أيضاً عن جابرٍ مرفوعاً. وأما الإجماع فلا خلاف بين كافة الصحابة وجمهور العلماء فيه، فإذا تقرر هذا فالشفعة عندنا بالخلطة والشركة دون الجوار وبه قال عمر وعثمان وعليّ في أصح الروايتين وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهري وربيعة ومالك والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور رضي الله عنهم [٦١/أ] وقال أبو حنيفة والثوري وابن شبرمة وابن أبي ليلى: تثبت الشفعة بالشركة في الطريق ثم بالجوار.

وقال أبو حنيفة: فإن لم يكن شريك وكان الطريق مشتركاً كدربٍ لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب، فإن لم يأخذوا وأثبت للملاصق من دربٍ آخر خاصةً وقال أيضاً: الشركة في النهر تُثبت الشفعة في الأملاك التي تسقى بمائه إنْ كان النهر لا يحتمل السفن، وإن كان بحيث يحتمل السفن لا تثبت الشفعة بسببه وليس لأبي حنيفة صحابي يساعده على هذا المذهب وربما ينسبونه إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقال عبيد الله العنبري وسوار القاضي: تثبت الشفعة بالشركة في الملك والشركة في الطريق أيضاً ثم ذكر الشافعي مناظرة جرت بينه وبين الخصم فقال: واحتج مُحتج بما روى أبو رافع أن النبي ﷺ قال: «الجار أحق بسقبه»[٢] فدل أن الشفعة ثابتة للجار والسَّقب والصَّقب بالسين والصاد القرب، والصّقوب العمُد التي تُعمد بها بيوت الأعراب واحدها صقب فأجاب الشافعي: بأنك ما أجريت الخبر على عموده فإنك منعت الشفعة لمن بينك وبينه ذراع إذا كان الطريق نافذاً وأعطيت الشفعة من بينك وبينه رحبة أكثر من ألف ذراع إذا لم يكن نافذاً ثم قال: هذا الخبر لا يحتمل إلا معنيين **أحدهما**: أن يكون مطلقاً بعمومه على كل جارٍ، أو يكون مختصاً ببعض الجيران فأحمله على الشريك الذي لم يقاسم فإنه يسمى جاراً كما يسمى المقاسم جاراً بدليل خبرنا حتى يكون جمعاً بين الخبرين وخبرك لا يخالف خبرنا لأنه مجمل وخبرنا مفسَّر وأراد بالمجمل العام وبالمفسَّر الخاص، ويجوز أن يسمى العام مجهولاً على معنى أنه مشتمل بظاهر الاسم على جمل كثيرة فقال الخصم: وهل يقع اسم الجار على الشريك حتى يستقيم هذا التأويل؟ بل الشريك [٦١/ب] أخص بشريكه وأقرب إليه من أن يسمى جاراً لأن ملكه مختلط بملكه اختلاط شيوع وإنما يطلق اسم الجار على من جاور غيره بملك ممتاز عن ملكه فأجاب الشافعي بأن المرأة تسمى جارةً مع أنها أقرب من الشريك لأنها ضجيعته تقول العرب: امرأة الرجل جارته مع قربها منه بدليل قول الأعشى[٣]:

أجارتنا بيني فإنك طالقه ... وموموقةٌ ما عشت فينا ووامقه

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧١٣)، والبيهقي في «الكبرى» (٦/ ١٠٣)، وفي «معرفة السنن» (٣٦٨٦).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٥٨).

(٣) انظر ديوان الأعشى (١١٧).

الأشعار إلى آخرها قال المزني: والبيت الخامس من غير الشافعي رحمة الله عليه:

وذوقي فتى حيٍّ فإني ذائقٌ   فتاةً لحيٍّ مثل ما أنت ذائقه

وقال عروة: نزل الطلاق في مقدار عدده موافقاً للأعشى ثم قال الشافعي: وحديثنا أثبت إسناداً وأبينها لفظاً وأعرفها في الفرق بين المقاسم وبين من لم يقاسم، ثم ذكر الشافعي طريق القياس في المسألة متصلاً بكلامه على الخبر فقال: أنه إذا باع مشاعاً باع غير متجزئ فيكون شريكه أحق به لأن حقه شائع فيه وعليه في الداخل سوء المشاركة ومؤونة مقاسمةٍ وليس كذلك المقسوم ثم إنَّ أصحابنا زادوا في الجواب فقالوا: أراد الجار أحق بقربه لأن السَّقب القرب قال الشاعر[1]:

كوفية نازحٌ محلَّتها   لا أممٌ دارها ولا سقب

فيحتمل أنه أحق بالإحسان إليه والبرّ، وقد روي أن رجلاً قال: يا رسول الله إنَّ لي جارين فإلى أيهما أهدي؟ قال: إلى أقربهما منك داراً أو باباً» أو يحتمل أنه أراد أنه أحق بالعرض عليه عند البيع بدليل ما روي عن عمرو بن الشريد أنه قال: وضع المسور بن مخرمة يده على منكبي هذا فانطلقت معه حتى أتينا سعداً فجلسنا إليه فجاء أبو رافع فقال للمسور: ألا تأمر هذا أن يشتري مني بيتي فقال له سعد: والله لا أزيدك على أربعمائة دينار إما قطعة، وإما منجمة فقال أبو رافع: سبحان الله [٦٢/أ] لقد منعتهما من خمسمائة نقداً ولولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: الجار أحق بسقبه ما بعتك فدل على ما ذكرنا من التأويل.

واحتج أبو حنيفة أيضاً بما روى الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قضى بالشفعة والجوار وقال: «جار الدار أحق بالدار من غيره»، وروي «جار الدار أحق بدار الجار والأرض»[2] قلنا: قال يحيى بن معين: لم يسمع الحسن من سمرة وإنما هو صحيفة وقعت إليه، وقال غيره: سمع الحسن من سمرة خبر العقيقة فحسب أو نحمله على الجار المشارك دون المقاسم بدليل ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «إذا قسمت الأرض وحُدَّت فلا شفعة فيها».

واحتج بما روى جابر أن النبي ﷺ قال: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها، وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» قلنا: تفرد به عبد الملك بن أبي سليمان وهو ضعيف الحديث وأنكر شعبة هذا الخبر وقال: إن روى عبد الملك حدثنا آخر مثل هذا تركت حديثه، ثم إن صح نحمله على المشاع لأن الطريق إنما يكون واحداً على الحقيقة في المشاع دون المقسوم، ثم ذكر الشافعي المذهب بعد ما قدم الدلالة وهذه عادته في تصنيفه فقال: ولا شفعة إلا في مشاعٍ وإنما قيد مشاع لأن سهم كل واحدٍ من

---

(١) البيت من المنسرح، وهو لابن قيس الرقيات في ديوانه (٢)، ولسان العرب (١/ ٥٢٥ ـ صقب)، وتهذيب اللغة (٨/ ٣٨٣)، والأغاني (٥/ ٨٧)، وتاج العروس (٣/ ١٩٨ ـ صقب)، وكتاب العين (٨/ ٤٣٠)، ومقاييس اللغة (١/ ٣٠).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٨، ١٢)، وأبو داود (٣٥١٧)، والترمذي (١٣٦٨).

الشريكين أشيع أي أذيع وفرَّق في أجزاء سهم الآخر حتى لا يتميز منه.
مسألة(١): قال: «وللشَّفيع الشفعة بالثمنِ الذي وقعَ بهِ البيعُ».

وهذا كما قال: إذا أراد الشفيع أخذ الشقص بالشفعة يأخذه بالثمن الذي وقع العقد عليه فإن كان له مثل فبالمثل، وإن لم يكن له مثل فبالقيمة، وقال الحسن البصري: وسوار القاضي: إذا لم يكن للمثل مثل لا شفعة فيه، وقال ابن أبي ليلى: إذا لم يكن له مثل يأخذه بقيمة الشقص وهذا غلط لما روي في خبر جابر فإن باعه فشريكه أحق به بالثمن ولأنه لا يخلو إما أن يأخذه بما يختار الشفيع أو بما يختار [٦٢/ب] المشتري أو بقيمته أو بالثمن لا يجوز أن يقال: يأخذ بما يختاره الشفيع لأنه يتحكم ويأخذ بالنقصان ولا يجوز أن يأخذ بما يختاره المشتري لأنه يتحكم أيضاً فلا يسلم إلا بزيادةٍ ولا يجوز أن يأخذه بالقيمة لأنه قد تكون القيمة أكثر من الثمن فيؤدي إلى الإضرار بالشفيع، وإن كانت القيمة أقل من الثمن يؤدي إلى الإضرار بالمشتري فلم يبق إلا أن يقال: يأخذه بالثمن الذي وقع به البيع، فإن قيل: الشفيع يأخذه من غير اختياره لحاجته إليه فيجب أن يكون بالقيمة كالمضطر إلى طعام الغير يأكله بالقيمة قيل: المضطر يأخذه بالحاجة خاصةً فالمرجع في بدله إلى القيمة، والشفيع يأخذه بالبيع لأنه لو ملك بهبةٍ أو إرثٍ لا شفعة مع الحاجة، وإذا اختص بالبيع اختص بالعوض الثابت بالبيع، فإذا تقرر هذا يأخذه بما استقر عليه العقد فإن زادا في الثمن أو نقصا في مدة الخيار أخذ بما استقر بعد انقضاء الخيار لأن حالة الخيار كحالة التعاقد.

فرع

لو اشترى شقصاً بمائةٍ من حنطةٍ لم يأخذه الشفيع بالحنطة وزناً بل يأخذه كيلاً فينظر كم تكون تلك الحنطة كيلاً لأنه يجري هذا الضمان مجرى ضمان الإتلاف وضمان الإتلاف في ذوات الأمثال يجري مجرى القرض وقرض المكيل وزناً لا يجوز، فلو أقرض الحنطة وزناً فالقرض فاسد بخلاف السلم لا ربا بين رأس المال والمسلم فيه وفي القرض بين ما يعطي ويأخذ رباً إذا كان المال مال الربا إذ الجنس واحد.
مسألة(٢): قال: «فإنْ علمَ وطلبَ مكانَهُ فهي لهُ».

الفصل

وهذا كما قال: المستحب إذا باع شيئاً يستحق بالشفعة أن يعرضه على شريكه فإن اختار ذلك باعه منه، وإن لم يختر باعه من غيره، ولو باعه قبل أن يعرضه عليه أو بعد عرضه عليه كان للشفيع الشفعة والشفيع بالخيار بين أن يأخذ أو يدع وإذا أراد [٦٣/أ] الأخذ فسلم المشتري إليه صح التسليم ولا يحتاج إلى حكم الحاكم فإن امتنع المشتري منه حاكمه إلى الحاكم بنفسه أو بوكيله، وقال أبو حنيفة: لا بد من حكم الحاكم وهذا غلط لأنه تسليم واجب بالإجماع فلا يفتقر إلى حكم الحاكم، وإن لم يعلم الشفيع

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٠).
(٢) انظر الأم (٣/ ٥٠).

بالشفعة لغيبته أو لسبب آخر لا تبطل شفعته وإن طال الزمان.

وقال أبو حنيفة: إذا امتدت غيبته سنةً بطلت الشفعة، وإن لم يعلم وربما ينكرون هذا المذهب وهذا غلط لأنه حق ثبت لإزالة الضرر فلا يبطل مع عدم العلم به كالرد بالعيب، ثم إذا علم فخياره في الأخذ على الفور أو على التراخي فيه أربعة أقوال قال في الجديد: هو على الفور كخيار القبول في البيع والرد بالعيب وهذا هو الصحيح وبه قال أبو حنيفة إلا أنه يقدره بالمجلس وعندنا لا يتقدر في ظاهر المذهب عندي والدليل عليه قوله ﷺ: «الشفعة لمن واثبها»، وروي: «الشفعة كنشاطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها» وقيل: فيه وجهان والمذهب أن له الخيار ما دام في المجلس الذي بلغه، ومعنى الفور عندنا أنه على حسب الإمكان في العرف فإن علم بها وكان حاقناً تطهر، وإن كان عليه صلاة صلاها، وإن كان به شدة جوعٍ أكل وغسل يده، وإن كان عريان لبس ثيابه التي جرت عادته بلبسها، وإن كان بالليل فحتى يصبح ويصلي الصبح على ما جرت به العادة ولا يلزمه العدو إلى دار المشتري ولا الركوب طلباً للمبادرة إليه، وأصل هذا عرف العادة، وإن كان معذوراً فأخر الطلب به لم يبطل أيضاً والعذر ثلاثة مرض وحبس وغيبة، فإن كان مريضاً نظر، فإن كان المرض خفيفاً يمكن المطالبة مع وجوده كالصداع ونحوه فهو كالصحيح، وإن كان شديداً لا يمكنه المطالبة [٦٣/ب] به مع وجوده فإن قدر على التوكيل وكّل، وإن ترك ذاك بطلت شفعته، وإن لم يقدر على التوكيل كان عذراً فيصير إلى أن يقدر فيوكل أو يطلب هو وهل يلزمه الإشهاد؟

قال أكثر أصحابنا: الإشهاد لازم لأنه لا بد من أن يظهر أمارةً تدل على أنه تركها للعذر لا للرضا بالترك وبه قال صاحب «الإفصاح» ويفارق هذا القادر على الطلب لا يلزمه الإشهاد لأن ظهور الطلب من القادر عليه يغني عن الإخبار بمراده والعاجز عنه يحتمل أن يكون إمساكه تركاً للشفعة ويحتمل أن يكون قصداً للطلب مع المكنة فافتقر إلى نفي الاحتمال في الإخبار عن مراده بالإشهاد، وقال بعض أصحابنا: الإشهاد احتياط ولا يجب وهو ظاهر كلام الشافعي ها هنا لأنه قال: فإن كان له عذر من حبسٍ أو غيره فهو على شفعته وإلا فلا شفعة له ولم يشترط فيه الإشهاد وقيل: فيه قولان ذكره في «الحاوي»[١]، وقال القاضي الطبري: لو ترك التوكيل مع الإمكان هل تبطل شفعته؟ وجهان:

أحدهما: لا تبطل وهو اختيار أبي إسحاق وغيره لأن له غرضاً في أن يتولى طلبها بنفسه لئلا يلزمه أجرة الوكيل أو المنة إن لم يكن بأجرةٍ، أو لا يقر على الموكل بما يسقط حق الشفعة فيحكم الحاكم بصحة إقراره على قول بعض العلماء.

والثاني: تبطل لأن وكيله يقوم مقامه، ألا ترى أنه إذا أمكنه أن يطلب بنفسه فوكل

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٢).

غيره قام طلب الوكيل مقام طلبه فيجب أن يكون ترك الطلب بوكيله بمنزلة ترك الطلب بنفسه وهذا أصح عندي قاله القاضي أبو حامد نصاً في جامعه: وفيه وجه ثالث إن وجد من يتطوع بالوكالة بطلت لأنه ترك الطلب من غير ضرر، فإن لم يجد من يتطوع لا تبطل للعذر وهذا قريب، وإن كان محبوساً لا يخلو من أحد أمرين، إما أن يكون محبوساً بحق أو بغير حق [٦٤/أ] فإن كان بغير حق مثل الحبس للمصادرة أو الحبس بدين وهو معسر لا يقدر على القضاء فهو كالمريض سواء، وإن كان محبوساً بحق مثل إن كان عليه دين يقدر على أدائه لا يكون عذراً وتبطل شفعته بالتأخير، وإن كان غائباً فأشهد على شفعته وقضى حوائجه وأخذ في المسير كان على شفعته، وإن لم يشهد على ذلك ولكنه قضى حوائجه وأخذ في المسير هل تبطل شفعته؟ على ما ذكرنا من الاختلاف والصحيح أنه لا تبطل لأن الظاهر أنه سار للطلب، وإن لم يقدر على المسير ولا على التوكيل لا يبطل فإن قدر على التوكيل دون المسير فعلى ما ذكرنا من الاختلاف والقول الثاني قاله في كتاب السنن أنه يتأقت بثلاثة أيام وبه قال الثوري لأنه لا بد له من تروّي وتأمُّل والثلاث حد ما بين القليل والكثير، **والثالث**: قاله في القديم وبه قال مالك أنه على التأبيد لا تبطل إلا بأن يصرّح بالعفو عن حقه لأنه استيفاء مالٍ فأشبه استيفاء الدين وقد قال الشافعي: إن كان للقياس حكم بين الناس فخيار الشفعة على التأبيد كالقصاص، والقول الرابع قاله في القديم أيضاً أنه على التأبيد إلا أن يصرّح بالعفو أو يظهر منه فعلٌ يدل على الرضا بتركه مثل أن يقول للمشتري: بعنيه أو آجرنيه أو أنفق عليه معي ونحو ذلك.

فرع

إذا قلنا: إنه على التأبيد هل للمشتري أن يرفع الشفيع إلى القاضي حتى يأخذ أو يترك؟ قال أبو إسحاق: إن قلنا بالقول الذي ذكره في القديم أولاً لا يجبره الحاكم على ذلك ولا يبطله عليه لأنه حقه على التراخي، وإن قلنا بالقول الثاني في القديم يجبره الحاكم على الأخذ أو الترك لأنه يؤدي إلى الضرر بالمشتري لو بقي على الحق أبداً فلا بد من إزالة الضرر منه إما بالأخذ أو بالترك، وروي عن مالك أنه قال: ينقطع بعد سنةٍ، ورواه ابن وهب، وروى غيره أربعة أشهر، وروي عنه أنه قال: ينقطع بأن يمضي عليه من الزمان ما يعلم أنه تاركٌ لها.

فرع آخر

إذا قلنا: له الخيار ما دام [٦٤/ب] في المجلس فعفا عنها قبل مفارقة المجلس هل تسقط شفعته؟ فيه وجهان قال في اختلاف العراقيين: لا تسقط، وقال ابن سريج: تسقط لأنه بالإبراء والإسقاط أشبه.

فرع آخر

إذا قلنا: يلزمه الإشهاد يلزمه أن يشهد من يكون بيّنة كاملة عند الحكام، فإن أشهد

واحداً ليحلف معه لم يجز لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين فلم يصر مستوثقاً لنفسه بالإشهاد.

فرع آخر

لو أشهد عبيداً أو فساقاً أو صبياناً لم يجز، وقال أبو حنيفة: يجوز ويكفي ذلك وهذا غلط لأن مقصود الشهادة الأداء ولا يصح من هؤلاء الأداء.

فرع آخر

إذا قلنا: الإشهاد واجب فقال الشفيع: أشهدت وسرتُ، وقال المشتري: لم نشهد أو قلنا: الإشهاد ليس بشرطٍ فقال الشفيع: سرت عقيب السماع، وقال المشتري: لم تسر عقيب السماع مع الإمكان فالقول قول الشفيع لأن هذا اختلاف في فعله وهو أعلم به، وكذلك إن اختلفا فقال: أخّرته للعجز، وقال المشتري: أخّرته مع القدرة فالقول قول الشفيع.

فرع آخر

لو كان بآمل ولهما دار مشتركة بينهما بجرجان فباع أحدهما نصيبه منها من أجنبي فسكت شريكه عن المطالبة حتى قدم جرجان وقال: سكت لتكون مطالبتي بالبلد الذي فيه الدار قال الشافعي: بطلت شفعته كما لو بلغه وهو في البلد فلم يطالب حتى حضر عند الدار المبيعة وقال: أردت المطالبة عندها بطلت شفعته.

فرع آخر

لو أنكره المشتري بآمل أنه خليطه فأخّرها ليقيم البينة بجرجان كان على شفعته إذا لم يجد بينة بآمل.

فرع آخر

اختلف أصحابنا فيمن يشهد به البينة في استحقاق الشفعة على وجهين **أحدهما**: لا شفعة له إلا أن تشهد له البينة بالملك وبه قال أبو حنيفة ومحمد لئلا ينتزع ملكاً بأمرٍ محتملٍ، **والثاني**: يستحق الشفعة إذا شهدت له البينة باليد وبه قال أبو يوسف لأنها حجة في الملك لكن [٦٥/أ] يحلف الشفيع على بينته باليد أنه مالك ثم يحكم له بالشفعة.

فرع آخر

لو أخَّر الطلب وقال: إنما لم أطالب بها على الفور لأني لم أصدق من أخبرني بالبيع فإن أخبره عدلان بطلت شفعته، وإن أخبره عدل واحد هل تبطل شفعته؟ وجهان **أحدهما**: تبطل لأن طريقه الخبر ولأنه حجة مع اليمين، **والثاني**: لا تبطل لأنه لا يحكم به ورواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة، ولو أخبره رجل وامرأتان عدول بطلت شفعته.

فرع آخر

لو أخبره عبد أو امرأة واحدة قال القاضي الطبري: يجب أن يكون على وجهين، وقال أبو حامد: لا تبطل، وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال: تبطل شفعته لأن طريقه الخبر وكذلك قال: لو أخبره صبي وهذا غلط لأن بقول هؤلاء لا تقوم الحجة فلا يسقط بهم حقه.

فرع آخر

لو أخبره كافر أو صبي أو فاسق لم تبطل شفعته ذكره أصحابنا، وقال في «الحاوي»[1]: يصير عالماً بكل خبرٍ يقع في نفسه صدقه، ولو من امرأة أو عبدٍ أو كافرٍ إذا وقع في قلبه أن المخبر صادق خلافاً لأبي حنيفة وهذا غريب والقياس عندي هذا. ولو ظهر به أخبار التواتر فقال: لم أعلم بطلت شفعته وعلم كذبه.

فرع آخر

لو علم الشفيع بالبيع فأمسك عن الشفعة لجهله باستحقاق الشفعة هل تبطل شفعته؟ وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في الأمَة إذا أُعتقت تحت عبدٍ فأمسكت عن الفسخ لجهلها باستحقاقه وهذا لأن هذا مما يحتمل خفاؤه على العوام.

فرع آخر

لو تعاقدا البيع بألفٍ وأظهراه بألفين فسلم الشفيع الشفعة ثم قامت البينة على الألف كان له مطالبته بالشفعة، وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة له وهذا غلط لأنه ترك الطلب لغلاء الثمن الأول ولعجزه عنه فإذا ثبت أنه أقل منه كان له أخذها.

فرع آخر

لو قامت البينة أن الثمن كان أكثر مما أظهراه لم يكن له المطالبة لأنه لا غرض له في الزيادة. [٦٥/ب]

فرع آخر

لو أظهر أنه باع بعض نصيبه فترك الشفعة، ثم قامت البينة أنه باع جميع نصيبه كان له أخذه بالشفعة لأن له غرضاً في الكثير.

فرع آخر

لو أظهر أنه كل نصيبه ثم بان أنه اشترى أقل مما أظهراه كان له الشفعة لأن له غرضاً في القليل من وجهٍ آخر وهو أنه ربما لم يكن معه ثمن الكثير وكان معه ثمن القليل.

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٣).

فرع آخر

لو أظهر أنه اشترى كل الشقص بمائة مناً ثم بان أنه كان اشترى نصفه بمائة لم تكن له الشفعة لأن من لا يرضى الشقص كله بمائة لا يرضى نصفه بمائة.

فرع آخر

لو أظهر الشراء بالدنانير فترك الشفعة ثم بان أنه كان بالدراهم أو أظهر بالدراهم ثم بان أنه كان بالدنانير لا تبطل الشفعة وبه قال زفر، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إذا كانت قيمتهما سواء بطلت شفعته لأنهما يجريان مجرى الجنس الواحد وهذا غلط لأن الأغراض تختلف به وربما تقدر على أحد النقدين دون الآخر.

فرع آخر

لو أظهر أن المشتري فلان فترك الشفعة ثم قامت البينة أنه وكّل وأن المشتري غيره كان له مطالبته بالشفعة لأنه يحتمل أن يرضى بشركة المشتري ولا يرضى بشركة المشترى له هكذا ذكر جمهور أصحابنا، وقال في «الحاوي»(١): فيه وجهان **أحدهما**: هذا الذي ذكرنا وهو على قول من جعل علة الشفعة الخوف من سوء المشاركة، **والثاني**: تبطل شفعته لأن معرفة المشتري ليست بشرطٍ في المطالبة والعفو وهذا على قول من جعل علة الشفعة الخوف من مؤونة القسمة.

فرع آخر

لو كان مشتري الشقص وكيلاً فعفا عن الوكيل دون الموكل هل تبطل شفعته؟ وجهان **أحدهما**: تبطل لأن الوكيل خصم فيها، **والثاني**: لا تبطل لأنها مستحقة على غيره.

فرع آخر

لو سمع وقوع البيع بمائةٍ مؤجلة فعفا ثم علم أنه وقع بمائةٍ [٦٦/أ] حالَّة له طلب الشفعة لأنه يقول: عرفت أن البيع إلى أجل لا يخلو عن زيادة ثمنٍ فلم أرغب فلما علمت فقد الغبن في العقد رغبت في الشفعة هكذا ذكره بعض أصحابنا بخراسان، وقال بعضهم: الصحيح أنها تبطل ها هنا وتوهم أنه ربما يكون في الثمن غلاء وليس بعذر وهو اختيار أهل العراق.

فرع آخر

لو سمع البيع بالثمن الحال فعفا، ثم بان أنه كان بالأجل فله الطلب لأنه يرتفق بالأجل.

فرع آخر

لو سمع أن الشقص بيع من مشترٍ واحد فعفا، ثم علم أنه بيعَ من اثنين له طلب

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٥).

الشفعة لأنه قد يرجو من أحد المشتريين من المسامحة وتأخير الثمن ما لا يرجو من الآخر، وهكذا لو بلغه في الابتداء أنه بيع من اثنين ثم علم أن المشتري كان واحداً له أن يأخذ بالشفعة لأنه قد يصبر على مطالبة غريم واحد ولا يصبر على مطالبة غريمين.

فرع آخر

لو لم يسم له المشتري، أو لم يذكر له الثمن فأخَّر الطلب حتى يعرف لا تبطل شفعته لأن له غرضاً في ذلك حتى يعرف الحال وما فيه الحظ له.

فرع آخر

لو أخبر أنه اشتراه مشترٍ فقال: عفوت عن الشفعة بطلت شفعته وكأنه رضي بأي مشترٍ وبأي قدرٍ من الثمن كان، ومن أصحابنا من قال: لا تبطل ما لم يعرف ذلك والأول أصح.

فرع آخر

لو لقي الشفيع المشتري فقال: سلام عليكم أنا مطالب بالشفعة ثبتت الشفعة لأن السلام قبل الكلام سُنة فلا تسقط به الشفعة، ولو قال: سلام عليكم بارك الله لك في صفقة يمينك أنا مطالب بالشفعة لم تبطل شفعته أيضاً لأنه لما وصله بالمطالبة بالشفعة دل على أنه دعا بالبركة لنفسه لأنه يأخذ من الصفقة المباركة، وقال محمد: إذا قدَّم السلام على المطالبة سقطت الشفعة وهذا خطأ للعادة المستحسنة وللخبر عن رسول الله ﷺ: «من بدأ [٦٦/ب] بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه»(١).

فرع آخر

لو قال له: بكم ابتعت أو كم الثمن؟ بطلت شفعته لأنه يمكنه أن يقول بدل ذلك: أخذت منكَ بالثمن الذي ابتعت وهذا على قولنا: لا يتعذر بالمجلس.

فرع آخر

إذا قلنا: تؤجل إلى ثلاثة أيام فحصل في خلال الثلاثة زمان يتعذر فيه المطالبة لم يحتسب به منها ولفّق له من زمان المُكنة ثلاثة أيام.

فرع آخر

لو باع الشفيع حصته كلها بعد علمه بالشفعة لا شفعة له، ولو باع بعض حصته هل تبطل شفعته؟ وجهان مخرجان من العافي عن بعض شفعته، ولو لم يعلم بالشفعة فباع بعض نصيبه قال ابن سريج: فيه وجهان **أحدهما**: لا شفعة له لأن العفو عن بعض الشفعة يوجب سقوط الباقي كالعفو عن الكل فكذلك بيع الشقص الذي به يستحق الشفعة بمنزلة بيع الكل، **والثاني**: يستحق بالشفعة بما بقي لأنها تستحق بالقليل كما

---

(١) أخرجه ابن السني في عمل اليوم والليلة (٢١٠)، وانظر إتحاف السادة المتقين (٦/ ٢٧٤).

تستحق بالكثير، ولو باع الكل قبل العلم بالشفعة فالصحيح وهو اختيار ابن سريج أنها تبطل لارتفاع الملك المقصود بالشفعة، وقال أبو حامد: هو على شفعته لأنه قد ملكها وليس في بيعه قبل العلم عفو عنها وقيل: هذا مرتّب على ما سبق فإن قلنا في بيع البعض قبل العلم تبطل الشفعة فها هنا أولى وإن قلنا: لا تبطل هناك فها هنا وجهان.

فرع آخر

لو صالحه المشتري على تركها بعوضٍ لم يجز وعليه رد العوض، وقال مالك: يجوز ويستحق العوض وهذا غلط لأنه عوض على إسقاط خيارٍ فأشبه خيار المجلس وهل تبطل شفعته؟ وجهان ذكرناهما في البيع.

فرع آخر

لو ضمن الشفيع للبائع الدّرك أو للمشتري أو تبايعا بشرط الخيار للشفيع فأجاز البيع لم تبطل شفعته به لأنه سبب وجوب الشفعة فلا يبطل به خلافاً لأبي حنيفة في كلها، وكذلك لو قال الشفيع للمشتري: اشتر [٦٧/أ] نصيب شريكي فقد نزلت عن الشفعة فاشترى لم يسقط شفعته بالإجماع خلافاً لعثمان البتي وهذا لأنه إسقاط حق قبل الوجوب.

فرع آخر

يملك الشفيع الشقص المشفوع بأحد أشياء ثلاثة **أحدها**: أن يدفع الثمن ويأخذ الشقص، **والثاني**: أن يقضي له القاضي بذلك، **والثالث**: أن يقول المشتري: ملّكتك الشقص فيقبل هو وإذا قال: اخترت التملك بالثمن الذي تم به العقد انتقل ملك المشترى إليه، فإن لم يرض المشتري ولا حضر لأنه استحق أخذه بغير اختياره، ولو كان الثمن مجهولاً عنده لم يصح أخذه لأنه تملك بعوضٍ فلا يجوز معها جهالة العوض كالبيع، وكذلك لو قال: أخذته بالثمن كان مائة فما دونها وكان الثمن مائة أو دونها لا يجوز الأخذ لأن مثل هذا لا يجوز في البيع.

فرع آخر

إذا قال: اخترت التملك وانتقل ملك المشترى إليه لا يجب على المشتري تسليم الشقص إليه ما لم يقبض الثمن إن كان موجوداً، فإن تعذر تسليمه في الحال قال ابن سريج: يجوز للحاكم أن ينظره يوماً ويومين وأكثره ثلاثة فإن جاء بالثمن وإلا فسخ الحاكم الأخذ وعاد ملك المشتري إلى الشقص وهذا التأجيل لأن تحصيل الثمن في الحال يتعذر في غالب العادة، ولو اعتبرنا النقد في الحال أدى إلى إسقاط الشفعة والإضرار بالشفيع ومدة الثلاث قريبة في العادة.

فرع آخر

لو هرب الشفيع بعد التملك فللحاكم فسخ الأخذ ورد الملك إلى المشتري ذكره أبو حامد وغيره، فإن قيل: أليس في البيع لو هرب المشتري قبل أداء الثمن لا يفسخ

الحاكم البيع فهلاّ قلتم ها هنا مثله قلنا: البيع حصل باختيارهما فلا يكون للحاكم فسخه عليهما وها هنا أخذه الشفيع من غير اختيار المشتري لإزالة الضرر عن نفسه، فإذا أدى إلى الضرر بالمشتري منعه الحاكم ورده.

فرع آخر

حتى لو كانت المسألة بحالها فأفلس الشفيع بعد أن ملك الشقص قبل دفع الثمن كان للمشتري الخيار [٦٧/ب] بين أن يسترجع الشقص وبين أن يضرب مع الغرماء بقدر الثمن كالبائع سواء إذا أفلس المشتري بالثمن.

فرع آخر

لو طلب ثم أمسك عن الأخذ بطلت شفعته، وقال أبو حنيفة: شفعته باقية أبداً إذا قدم الطلب ما لم يصرح بالعفو، وقال محمد: شفعته إلى مدة شهر، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لا يأخذ بالشفعة حتى يحضر الثمن ولا يقضي له القاضي بها حتى يحضر الثمن، وروى هشام عن محمد: يؤجله القاضي يومين وثلاثة ولا يأخذه إلا بحكم الحاكم أو برضا المشتري وهذا غلط لأنه تملك بعوضٍ فلا يقف على إحضار العوض كالبيع.

فرع آخر

إذا لم يشاهد الشفيع الشقص المشفوع ليس له أن يأخذ بالشفعة قال ابن سريج: سواء قلنا يجوز بيع خيار الرؤية أو لا يجوز لأنه يأخذ من المشتري بغير اختياره فلا يمكن إثبات خيار الرؤية وساعده على هذا جماعة من أصحابنا، وقال القاضي الطبري: إذا قلنا: ثبتت للشفيع بعد الأخذ بالشفعة خيار المجلس وهو المنصوص في اختلاف العراقيين يجب أن يثبت له خيار الرؤية كما في البيع، وقال ابن سريج: لو قال المشتري للشفيع: رضيت أن يكون له خيار الرؤية هل يثبت ذلك؟ قولان كالبيع سواء فإذا قلنا: لا يصح فلا كلام وإذا قلنا: يصح فشاهد الشفيع إن رضيه أمسكه وإلا رده، وقال في «الحاوي»(١): هل يأخذ بالشفعة قبل الرؤية؟ قولان مبنيان على بيع خيار الرؤية فإذا جوّزنا فالمشتري بالخيار بين التسليم قبل الرؤية، وبين أن يمنعه منه حتى يراه فيسقط خياره بالرؤية لأن المشتري لا يلزمه تسليم شقصٍ يثبت للشفيع فيه خيار الرؤية.

فرع آخر

هل يصح له أخذ الشفعة قبل قبض المشتري؟ فيه وجهان حكاهما ابن سريج **أحدهما**: وهو اختيار أبي إسحاق ليس له ذلك لأنه يحل محل المشتري ولا يجوز الشراء قبل القبض كذلك هذا فعلى هذا يأخذ الحاكم المشتري [٦٨/أ] بالقبض فإن

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٥).

كان غائباً وكّل الحاكم من يقبض له ثم حكم للشفيع بأخذه منه، **والثاني**: وهو اختيار ابن سريج له أخذه قبل قبضه من البائع لأنه يأخذه جبراً ويبرأ البائع من ضمانه بقبض الشفيع لأنه يأخذه بحق توجه على المشتري.

مسألة[(١)]: قال: «فإن اختلَفا في الثمنِ فالقولُ قولُ المشتري معَ يمينِه».

وهذا كما قال: إذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن لم يخل من ثلاثة أحوال إما أن يكون مع أحدهما: بينة، أو مع كل واحدٍ منهما بينة، أو لا بينة مع واحدٍ منهما فإن كان مع أحدهما: بينة أقامها فإذا ثبت المقدار بالبينة أخذها الشفيع به سواء كان الشفيع صاحب البينة أو المشتري ويقبل في ذلك ما يقبل في شهادة الأموال، وإن لم يكن هناك شاهد غير البائع لا تقبل شهادته لواحدٍ منهما لأنه متهم في حق كل واحدٍ منهما لأنه يجرّ إلى نفسه نفعاً إذا شهد للشفيع، لأنه لو وقع الاستحقاق رجع المشتري عليه بألفٍ وإذا شهد المشتري شهد على فعل نفسه.

وهذا كما ذكر أبو حامد في الجامع لو ادعى الشفيع الشراء على المشتري وأنكر المشتري وقال: ورثته من أبي فشهد البائع للشفيع وكان عدلاً لا يحلف معه لأنه يشهد على فعل نفسه قال القفال: ولو شهد البائع للشفيع قبل قبض الثمن تقبل شهادته لأنه يشهد على فعل نفسه وأصحابنا بالعراق ينكرون هذا وقالوا: لا تقبل شهادته له بحالٍ لأنه على فعل نفسه أيضاً فترد شهادته للشفيع لمعنيين وللمشتري لمعنًى واحد، وإن كان مع كل واحدٍ منهما بينة على ما ادعاه من الثمن قال أبو حامد: البينة بينة الداخل وهو المشتري لأن الملك في يديه ويكون الحكم فيه كما لو كانت البينة معه وحده وقد مضى حكمه.

وقال القاضي الطبري وجماعة: تعارضت البينتان لأن بينة الشفيع تشهد أنه يستحق الشقص بألفٍ وبينة المشتري تشهد أنه [٦٨/ب] يستحق تسليم الشقص إليه بألفين فقد حصل التعارض في البينتين المتعارضتين، قال الشافعي: قولان **أحدهما**: تسقطان فعلى هذا سقطتا ويكون القول قول المشتري مع يمينه، **والثاني**: تستعملان وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال: الوقف والقسمة والإقراع فيقرع ها هنا فمن خرجت القرعة على بينته هل يحلف مع قرعته؟ قولان:

أحدهما: يحلف لقد شهد شهوده بحقٍ.

والثاني: لا يحلف لئلا يؤدي إلى إبطال القرعة وهذان القولان من اختلاف قوليه في القرعة هل جاءت مرجحة للدعوى أو للبينة؟ وخالف أبو حنيفة ومحمد بينة الشفيع أولى للاتفاق عليه، وقال أبو يوسف: بينة المشتري أولى لأن فيها زيادة علم، وإن لم يكن مع واحدٍ منهما بينة فالقول قول المشتري مع يمينه لأن الملك في الحالً له فكان القول قوله في بدله.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٠).

فإن قيل: هلَّا قلتم: القول قول الشفيع لأنه غارم قلنا: إنما يكون القول قول الغارم في الموضع الذي أتلف شيئاً فثبت ضمان قيمته في ذمته فيكون القول قوله لأن الأصل براءة الذمة من الزيادة التي يدعيها وها هنا ينتزع ملكه ببدل يبذله فلا يجوز ذلك إلا بالقدر الذي يقوله المالك.

فإن قيل: هلاّ قلتم: الشفيع والمشتري يتحالفان كما لو اختلف البائع والمشتري في الثمن يتحالفان قيل: الفرق أن هناك كل واحدٍ منهما مدَّعي ومدَّعَى عليه على ما بينا فيما سبق فيتحالفان وها هنا الشفيع مدَّعي محض والمشتري منكر محض فتثبت اليمين في جانب المنكر دون جانب المدعي، وهكذا لو كان الاختلاف بينهما في جنس الثمن أو في تأجيل الثمن وحلوله.

فرع

لو اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن وقد قلنا في البيع يتحالفان ثم إذا تحالفا كان للشفيع أن يأخذ بالثمن الذي حلف البائع عليه سواء قلنا: لا ينفسخ البيع بتحالفهما وإنما ينفسخ بحكم الحاكم أو قلنا: ينفسخ بتحالفهما أو قلنا: ينفسخ [٦٩/أ] ظاهراً لا باطناً أو قلنا: ينفسخ ظاهراً أو باطناً لأن الشفعة ثبتت له بالبيع وارتفاع البيع لا يمنع بقاء الشفعة كما لو تقايلا.

فرع آخر

لو ضمن اثنان الدرك للمشتري عن البائع ثم شهدا بعد ذلك أنه باع الشقص بعد الشراء أو سلم الشفعة إلى الشفيع أو الشفيع قد أخذ منه الشفعة قبلت شهادتهما لأن الضامن لا يجر نفعاً إلى نفسه ولا يدفع ضرراً به.

فرع آخر

لو قال المشتري: الثمن ألف، وقال الشفيع: لا أعلم مقدار الثمن مع علمي بنقصه عن الألف له إحلاف المشتري، فإن رد اليمين عليه لم يكن له أن يحلف حتى يعلم قدر الثمن.

فرع آخر

لو لم يعلم الشفيع هل الثمن ألف أو أقل هل يستحق إحلاف المشتري؟ وجهان **أحدهما**: لا يستحق حتى يعلم خلاف قوله لأن اليمين لا تجب بالشك، **والثاني**: يستحق ما لم يعلم صدقه لأن المالك لا يملك بمجرد القول.

فرع آخر

لو قال المشتري: لا أعلم قدر الثمن لنسيان حدث قيل للشفيع: أتعلم قدره فإن قال: لا أعلم لا شفعة له وله إحلاف المشتري وإنما بطلت الشفعة لأنها تستحق بالثمن فكان جهلهما به مانعاً من استحقاقها بمجهولٍ.

فرع آخر

لو قال الشفيع: أنا أعلم وهو خمسمائة، وقال المشتري: نسيت قدره قيل للمشتري: أتصدّق الشفيع فإن قال: نعم أخذ الشقص بخمسمائة من غير يمين، وإن أكذبه قال الشافعي: حلف المشتري بالله ما يعلم قدره ولا شفعة له فمن أصحابنا من قال به لأن الثمن موقوف على عاقده وقد جهل الثمن بنسيانه فيطلب الشفعة به وهو اختيار أبي حامد وجماعة، وقال ابن سريج وابن أبي هريرة: جواب الشافعي محمول على ما لو نسي المشتري وجهل الشفيع، فأما إذا علم الشفيع ونسي المشتري يجب تحليف الشفيع دون المشتري ويحكم له بالشفعة وهذا اختيار القفال.

وقال صاحب «الحاوي»[1]: وهذا أصح لأن نسيان [٦٩/ب] المشتري كالنكول فيجب رد اليمين على الشفيع كما لو ادعى على رجلٍ مالاً فقال: لا أدري مقدار مالك عليّ يقال له: بيّن وإلا جعلناك ناكلاً ورددنا اليمين على المدعي، ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأنه إذا قال: لا أدري وحلف حكمنا بجهالة الثمن والمجهول كالمفقود ويفارق ما ذكره من النظير لأن هناك لم يُجب عن دعواه وقد أقر ها هنا باستحقاق الشفعة ولكنه يدعي أنه جاهل بالثمن ويمكن صدقه فهو جواب صحيح ومعرفة قدره شرط في استحقاق الشفعة فما لم يوجد الشرط بيقين لا يستحق ونظير تلك المسألة لو قال الشفيع: لا أدري أتستحق على الشفعة أم لا فيقال له: بيّن وإلا جعلناك ناكلاً فهما سواء وهذا ظاهر المذهب.

فرع آخر

قال القفال تفريعاً على ما ذكر ابن سريج: لو وقع المبيع بكف دراهم قيل للشفيع: بيّن كم مقدار الثمن، فإن ادعى علم المشتري نظر، فإن أقر أنه عالم بمقداره قيل له: بيّن لأن حق الشفعة ثابت عليه فليس له أن يكتم الثمن فإن قال: لا أعلم حلف أنه لا يعلم ثم يقال للشفيع: بيّن أنت مقدار الثمن وإلا فلا شفعة لك فإن بيَّن مقداراً فادعى المشتري أنه أكثر حلف أنه أكثر من هذا ثم يقال للشفيع: زد وعلى هذا أبداً فإن لم يحلف حلف الشفيع وأخذ.

فرع آخر

قال الشافعي: وسواء في ذلك قديم الشراء وحديثه وأراد به الرد على مالكٍ فإنه قال: إن ادعى المشتري نسيان الثمن والشراء حديث حلف الشفيع وحكم له، وإن كان الشراء قديماً حلف المشتري وبطلت الشفعة وهذا قول مدخول وفرق معلول.

فرع آخر

إذا قال الشفيع: هذا البناء كان عند الشراء، وقال المشتري: أنا أحدثته قال ابن

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٢٤٧).

سريج: القول قول المشتري لأنه ملكه والشفيع يريد أن يتملكه عليه.

مسألة[(١)]: قال: «وإن اشتراها بسلعةٍ فهي لهُ بقيمةِ السلعةِ».

وهذا كما قال: [٧٠/أ] قد بينا أنه إذا اشتراها بسلعةٍ كيف يأخذ بالقيمة والقيمة تراعي حالة وقوع البيع والشافعي أطلق القيمة ها هنا ولم يتعرض لذكر زمان القيمة غير أنه قال قبل ذلك: فللشفيع الشفعة بالثمن الذي وقع به البيع فإذا جمعنا بين اللفظين عرفنا أن الاعتبار بقيمته يوم البيع لا بما بعد ذلك، وذكر الشافعي عن مالك أنه قال: يأخذها بقيمته يوم المحاكمة وهذا غلط لأن وقت الاستحقاق وقت العقد وما زادَ زاد على ملك البائع فلا يقوَّم للمشتري، وقال ابن سريج في تفريعه: يستحق قيمته حين استقر العقد بانقضاء خيار المجلس أو خيار الشرط إن كان في البيع لأنه وقت وجوب الشفعة وهذا صحيح فإن اختلفا في قدر القيمة في ذلك الوقت فالقول قول المشتري مع يمينه.

مسألة[(٢)]: قال: «ولو تزوَّجَ بها فهيَ للشَّفيعِ بقيمةِ المهرِ».

وهذا كما قال: إذا أصدق زوجته شقصاً يثبت فيه الشفعة ويأخذه الشفيع بمهر مثل الزوجة، وقال أبو حنيفة: لا شفعة فيه أصلاً وهذا غلط لأنها ملكت شقصاً قابلاً للشفعة بعقد معاوضة فتثبت فيه الشفعة كما لو ملكت بالبيع، وقال مالك وابن أبي ليلى: يؤخذ الشقص بالشفعة بقيمته لا بمهر المثل وحكي نحو هذا عن الشافعي في القديم لأن المهور قد يزاد فيها وينقص وهذا غلط لأنه يؤخذ مثل هذا في ثمن المبيع، واحتج أيضاً بأنه يؤدي إلى تقويم البضع على الأجنبي وذلك لا يجوز وهذا غلط لأنه يجوز تقويم البضع على المرضعة وشهود الطلاق إذا رجعوا عندنا.

فرع

لو اختلفا في مهر المثل ترافعا إلى الحاكم ليجتهد في مهر مثلها ويسقط تنازعهما، فإن تعذر على الحاكم بموتها أو لتغير حالها أو لاختلاف ذلك في عشائرها وأمكن ما قالاه فالقول قولها مع يمينها كما لو اختلفا في الثمن [٧٠/ب].

فرع آخر

لو تزوجها على شقصٍ ودينار يدفع إليه فيخرج على القولين فإنه عقدٌ جمع صداقاً وبيعاً فإن قلنا: يجوز فيهما يأخذ الشفيع الشقص بمهر مثلها وبدينار فلو قال الشفيع: أنا آخذ المبيع دون الصداق كان له لأنهما عقدان فعلى هذا إن كان مهر مثلها خمسة دنانير ضم إليها الدينار وقسم الشقص على ستة أسهم، فإن اختار المبيع يأخذ السدس، وإن اختار الصداق يأخذ خمسة أسداسه.

(١) انظر الأم (٣/ ٥٠).

(٢) انظر الأم (٣/ ٥٠ ـ ٥١).

فرع آخر

لو استأجر عبداً أو حراً أو إبلاً إلى مكة بشقصٍ من دارٍ أخذه الشفيع بقيمة الإجارة وهي أجرة المثل خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا شفعة فيه أصلاً.

فرع آخر

لو قال: من جاءني بالآبق فله هذا الشقص فجاء به ملك الشقص عليه ووجبت الشفعة فيه بأجرة المثل المجيء بالعبد.

فرع آخر

لو خالع زوجته على شقصٍ يأخذ الشفيع من الزوج بمهر مثلها، ولو صالح من دم العمد على شقص يأخذه الشفيع بالدية خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

فرع آخر

لو كاتب عبده على شقصٍ لا تثبت الشفعة لأن الشقص لا يجوز أن يكون عوضاً في عقد الكتابة لأن الكتابة لا تصح إلا بعوضٍ مؤجلٍ والشقص لا يثبت في الذمة.

فرع آخر

لو حلَّ على المكاتب نجم فأخذ منه شقصاً من دارٍ تجب الشفعة للشريك مثل مال النجم فإن أخذه الشفيع بمثله ثم أدى المكاتب أو عجز فهو على ملكه، وإن تأخر أخذه حتى عجز ورقَّ ففي الشفعة وجهان **أحدهما**: بطلت لأن المكاتب إذا عجز صار ملكه لسيده بالملك لا بالمعاوضة، **والثاني**: تثبت الشفعة لأن السيد ابتدأ ملك الشقص بالمعاوضة فلا اعتبار بما أفضى [٧١/أ] إليه من سقوط المعاوضة.

فرع آخر

إذا وجبت الشفعة للشفيع فلم يعلم بها حتى تقايلا أو رد بالعيب كان للشفيع إبطال الإقالة وأخذه بالثمن لأن حق الشفعة ثبت له فلا يملكان إبطاله، ولهذا لو باع المشتري الشقص كان له فسخ البيع، ولو كان الشفيع أسقط شفعته ثم تقايلا لا تستحق بها الشفعة لأن الإقالة فسخ قبل القبض وبعده، ولهذا لا يجوز أن يزاد في الثمن أو ينقص ولا يثبت فيها خيار المجلس، وقال أبو حنيفة: هي بيع تجب به الشفعة، وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان قبل القبض فهي فسخٌ لا شفعة بها، وإن كان بعد القبض فهي بيع تجب به الشفعة وهذا غلط لما ذكرنا.

فرع آخر

لو كان الثمن عيناً فتلِفت قبل القبض بطل البيع وبطلت الشفعة، ولو عفا عن الشفعة ثم وجد المشتري العيب بالشقص فرده بالعيب لا تثبت الشفعة، وقال أبو حنيفة: تثبت الشفعة إذا كان بالتراضي وهذا غلط لأنه فسخ لا معاوضة، ولو باع المشتري من البائع

بذلك الثمن أو بغيره كان للشفيع الشفعة، وكذلك لو قال له: ولّيتك هذا البيع لأنه عقد معاوضةٍ جديدةٍ فيستحق به الشفعة.

فرع آخر

لو وجبت له الشفعة فقضى القاضي بها له والشقص في يد البائع ودفع الثمن إلى المشتري فقال البائع للشفيع: أقلني فأقاله لم تصح الإقالة لأنها تصح بين المتبايعين والشفيع لم يملك من جهته.

فرع آخر

لو كان الثمن عبداً فاعورَّ في يد المشتري فالبائع بالخيار، فإن رضي بالعور وأمضى البيع أخذه الشفيع بقيمة العبد أعور، وقال أبو حنيفة: يأخذه بقيمته سليماً وهذا غلط لأن رضاه بعيبه رضاً منه بأنه الثمن بعينه والفرق بين هذا وبين أن يرضى بالزّيوف أن عور العبد لما أحدث له خياراً في فسخ البيع صار العبد الأعور ثمناً وزيافة الدراهم لا تحدث له [٧١/ب] خياراً في فسخ البيع وإنما يستحق بها أخذ بدلها فصار الجيد ثمناً له فلا يقدر أن يأخذ بالزّيوف بل يلزمه الجيد.

مسألة[(١)]: قال: «فإن طلَّقَها قبلَ الدُّخولِ رَجَعَ عليها بنصفِ قيمةِ الشَّقْصِ».

وهذا كما قال: إذا أصدق امرأته شقصاً ثم طلقها قبل الدخول لا يخلو من ثلاثة أحوالٍ إما أن يكون طلقها بعد ما أخذ الشفيع الشقص، أو بعد ما عفا مع العلم أو قبل أن يعلم بالشفعة ثم علم، فإن كان طلقها بعد ما أخذ الشفيع بالشفعة رجع الزوج عليها بقيمة نصف الشقص لأن ملكها زال عن الصداق فأشبه إذا باعته ثم طلقها، وإن طلقها بعد ما عفا الشفيع عن الشفعة يرجع الزوج في نصف الشقص لأن حق الشفيع سقط والشقص في يدها بصفته، وإن طلقها قبل أن يعلم الشفيع ثم علم الشفيع فالذي نص عليه أن الشفيع أولى، وقد ذكرنا فيه وجهاً آخر أن الزوج أحق لأن حقه ثابتٌ بالنص لأنه إذا طلقها ملك الشقص ولا يحتاج إلى تمليكٍ مستأنفٍ بخلاف الشفيع فإنه يثبت حقه بالبيع ويحتاج إلى تمليك مستأنف.

وقال في «الحاوي»[(٢)]: فيه وجهان مخرجان من اختلاف أصحابنا في نصف المهر هل يملكه الزوج بالطلاق أو بالتملك فإن قلنا: بالطلاق كان الزوج أحق وإن قلنا: بالتملك كان الشفيع أحق وعلى هذا لو أفلس المشتري فيه وجهان **أحدهما**: البائع أولى بعين ماله إذا قلنا: الزوج أحق، **والثاني**: الشفيع أحق لتقدم حقه إذا قلنا: ها هنا الشفيع أحق من الزوج فعلى هذا هل يقدم بالثمن الذي أخذه من هذا الشفيع على جميع الغرماء؟ وجهان **أحدهما**: يقدم لأنه بدل من عين ماله التي كان أحق بها، **والثاني**: الكل سواء لفوات العين التي هو أخص بها.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥١).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٢٥٢).

فرع آخر

قال القفال: لو وجد المشتري بالشقص عيباً فيريد رده بالعيب ويريد الشفيع [٧٢/أ] الأخذ بالشفعة فيه قولان **أحدهما**: الشفيع أولى لأن المشتري يتخلص من ظُلامة العيب به ولم يذكر القاضي الطبري سوى هذا القول، **والثاني**: المشتري أولى لأن حق الرد بالعيب من مقتضيات العقد والشفعة تثبت عقيب العقد ولا خلاف أنه لو كان هناك خيار الشرط فلا شفعة للشفيع ما لم يمض زمان الخيار، فكذلك إذا كان هناك خيار العيب قال: ويقرب القولان من القولين في مسألة أخرى وهي أن يقاسم الشفيع أو يبيع نصيبه قبل العلم بالشفعة ثم علم ففي قولٍ بطل حقه لأنه إنما يطلب الشفعة ليتخلص من سوء المشاركة وقد تخلص، **والثاني**: لا يبطل لأنه ثبت حقه سابقاً فلا يبطل بحادثٍ لا يكون به مفرطاً ولا راضياً بترك حقه.

فرع آخر

لو طلق امرأته ثم أمتعها شقصاً بما وجب لها من متعة الطلاق تجب الشفعة بمتعة المثل لا بمهر المثل لأن الطلاق يوجب متعةً ولا يوجب مهراً.

مسألة(١): قال: «وإن اشتراها بثمنٍ إلى أجلٍ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا باع شقصاً بمائة درهمٍ نسيئة إلى سنةٍ فطالب الشفيع بالشفعة فيه ثلاثة أقوالٍ أحدها ما قال ها هنا وهو الصحيح وبه قال أبو حنيفة: لا يأخذ الشفعة في الحال، ويقال له: إما أن تصبر إلى أن يحل الأجل فتدفع الثمن وتأخذ الشقص وإن أردت أن تتعجل أخذ الشقص فعجل الثمن فإن اختار الصبر لا تبطل الشفعة لأنه تأخيرٌ بعذرٍ ووجه هذا أنه لا يخلو إما أن يأخذه بمائة حالةٍ أو بمائةٍ مؤجلةٍ أو بقيمة الشقص أو بسلعةٍ تساوي مائةً إلى الأجل لا يجوز الأول لأن فيه ضرراً على الشفيع، ولا يجوز الثاني لأنه لا يجوز إبطال حق المشتري من العين إلى الذمة إلا بالرضا ولأن الأجل يدخل في عقود المراضاة مواساةً ولا يدخل في الاستحقاق جبراً، ولا يجوز **الثالث**: لأن الشقص [٧٢/ب] لا يؤخذ إلا بمثل الثمن الذي وقع به العقد والقيمة ربما تكون أقل أو أكثر ولا يجوز الرابع لأن الشفيع يأخذ بنقد البلد إن بيع به، وإن بيع بغير نقد البلد يأخذ مثله إن كان له مثلٌ أو بقيمته إن لم يكن له مثلٌ والقيمة تكون من غالب نقد البلد والسلعة ليست من نقد البلد فثبت أنه بالخيار على ما ذكرنا، **والثاني**: قاله في القديم وبه قال مالك وأحمد واختاره أبو حامد إذا كانت ذمة الشفيع في الملاءة مثل ذمة المشتري كان له أن يأخذ الشقص بالثمن المؤجل لأن الثمن إذا كان حالاً أخذ به حالاً، فكذلك إذا كان مؤجلاً أخذ به مؤجلاً، وإن لم يكن الشفيع ثقةً أقام ضميناً ثقةً

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥١).

يكون الثمن في ذمته لأن هذا أشبه لصلاح الناس والشفيع يدخل مدخل المشتري، **والثالث**: قاله في الشروط يأخذه بسلعة تساوي مائة إلى أجل لأنه أقرب إلى ما خرج من المشتري وهذا والذي قبله ضعيف لأن القول الثاني يؤدي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذمم لا تتماثل ولهذا إذا مات من عليه الدين لا ينتقل إلى ذمة الوارث وربما يكون أحدهما أوفى وأسهل في المعاملة من الآخر، والقول **الثالث**: يؤدي إلى العدول عن جنس المثمن الذي وقع به العقد مثلاً وقيمةً وذلك لا يجوز

فرع

إذا قلنا بالقول الصحيح فصبر الشفيع ثم مات المشتري قبل حلول الأجل حل الثمن عليه ولا يجب على الشفيع تعجيل المال والشفعة ثابتة له إذا حل الأجل لأنه وجب له بالعقد.

فرع آخر

لو لم يمت المشتري ولكنه أراد أن يبيع ذلك الشقص لم يمنع فإذا حل الأجل كان للشفيع نقض البيع والأخذ بالشفعة، وإن شاء أجاز البيع الثاني وأخذ منه ذلك، وكذلك لو أراد أن يؤاجره له ذلك لأنه بعد ذلك يقدر على أخذه.

فرع آخر

لو أخذ الشفيع بالشفعة بعد ما آجره المشتري لا تبطل الإجارة بأخذ الشفيع ولكن له الخيار في إمضاء الإجارة وفسخها بخلاف ما لو رهن المشتري [٧٣/أ] ثم أخذ الشفيع بالشفعة يبطل الرهن بأخذ الشفيع، ثم الشفيع إن لم يفسخ الإجارة كانت الأجرة للمشتري لأنه عقدها في ملكه.

فرع آخر

لو رضيَ المشتري بتسليم الشقص وتأجيل الثمن يلزمه أن يأخذ أو يعفو عن الشفعة على الأقوال كلها لأنه لا يستضر به فإن لم يفعل وانتظر حلول الأجل بطلت شفعته إذا قلنا بالقول القديم، وإذا قلنا بالقول الجديد فيه وجهان **أحدهما**: وبه قال أبو الفياض لا تبطل الشفعة لأن تأجيل الثمن جعل حق الطلب مقداراً به، **والثاني**: تبطل الشفعة وهو الأصح لأن طلبه تقدر بمدة الأجل رفقاً بالمشتري فصار من حقوقه لا من حقوق الشفيع فإن رضي به المشتري فقد زالت العلة.

فرع آخر

لو كان الثمن منجماً فالمسألة على الأقوال فلو حلَّ نجم فقال الشفيع: أنا أدفع ما حل فيه وآخذ من الشقص بحصته منع لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري.

فرع آخر

إذا قلنا بالقول القديم وأخذ بثمنٍ مؤجلٍ ثم مات المشتري حل الأجل عليه ولا يحل على الشفيع، وكذلك إن مات الشفيع حل عليه دون المشتري.

مسألة[(١)]: قال: «ولو ورثَه رجلانِ فماتَ أحدُهُما ولهُ ابنانِ».

الفصل

وهذا كما قال: صورة المسألة أن يموت رجل وخلف ابنين فورثا داراً ثم إن أحد الابنين مات وخلف ابنين فورثا نصيبه ثم باع أحد هذين الابنين نصيبه من الدار وهو الربع فهل يكون أخوه أولى بالشفعة من عمه؟ أو يشترك هو والعم؟ في ذلك قولان منصوصان:

أحدهما: الأخ أولى وبه قال مالك لأن شركة أخيه أخص بالمبيع من شركة العم، ألا ترى أنها إذا قسمت جعل نصيب العم حزباً ونصيبهما حزباً ثم قسم حزبهما نصفين.

والثاني: وهو الصحيح يشتركان فيه نص عليه في «الإملاء» وقال: هذا هو القياس وبه قال أبو حنيفة وأحمد والمزني لأنهما شريكان في الملك حال الاستحقاق فيشتركان في الشفعة كما لو كان بين ثلاثة شركاء دار فباع [٧٣/ب] أحدهم نصيبه فللآخرين الشفعة كذلك ها هنا، وأما ما ذكروا من الاختصاص فلا معنى له لأن الاعتبار بالشركة لا بسببها فإذا قلنا بهذا هل يأخذان على عدد الرؤوس أو على قدر النصيبين، قولان **أحدهما**: على عدد الرؤوس وهو اختيار المزني وبه قال أبو حنيفة والشعبي والنخعي وسفيان الثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وأحمد في روايةٍ لأن كل واحدٍ منهما لو انفرد أخذ الكل بالشفعة فإذا اجتمعوا استووا كالبنين في الميراث، **والثاني**: أنه على قدر الأنصباء وهو الأصح، واختاره أبو إسحاق وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء ومالك وعبيد الله العنبري وسوار القاضي وإسحاق وأحمد في رواية أخرى لأنه مرفقٌ يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الملك كالغلة والثمار، وأما ما ذكره القائل الأول لا يصح لأنه لا يمتنع أن يأخذ الكل عند الانفراد ولا يستويان عند الازدحام كما لو مات وترك ألف درهم وعليه دين لرجلين لواحدٍ منهما ألف درهم وللآخر ألفا درهم لو انفرد كل واحدٍ منهما استحق كل الألف وإذا اجتمعا يأخذان الألف على الثلث والثلثين، كذلك ها هنا قال المزني: وفي تسويته بين الشفعتين على كثرة ما للعم على الأخ قضاء لأحد قوليه على الآخر في أخذ الشفعاء بقدر الأنصباء يقال للمزني: كيف يقضي جوابه بأحد القولين على القول الثاني من غير دليل ولا حجة وقد علمت أن الشافعي إن كان له قولان في مسألة فربما يجيب في بعض المواضع **بأحدهما**: ويجيب في موضع آخر على القول الآخر على أن مقصوده التسوية بين العم والأخ في أصل الشفعة لا في مقدارها عند قسمتها، ثم احتج المزني على التسوية بأنه لو كان عبداً مشتركاً بين ثلاثةٍ لأحدهم نصفه، وللثاني سدسه، وللثالث ثلثه فأعتق صاحب الثلث والشقص نصيبهما وهما موسران كان النصف الباقي مقوماً عليهما [٧٤/أ] وإن كان

(١) انظر الأم (٣/ ٥١).

ملك أحد المعتقين أكثر من ملك الآخر قلنا: قال بعض أصحابنا: في مسألة العتق قولان أيضاً **أحدهما**: يقوَّم عليهما على التفاوت وهذا غير صحيح والفرق ظاهر وذلك أن العتق يجري مجرى الجناية بما له من السراية في ملك الشريك فلذلك استويا في التقويم والتغريم وعلى هذا أصل الجنايات، ألا ترى أنه لو جرح رجلاً جراحةً وجرحه آخر مائة جراحة فمات كانت الدية على الجارحين نصفين، وكذلك لو طرح رجل في طعام رجل مقدار درهمٍ من النجاسة وطرح آخر مائة درهم من النجاسة كانا في الغرامة سواء.

وأما الشفعة فسبيلها في استحقاقها سبيل التجارات والمعاوضات، ومعلوم أن الأموال إذا جلبت أرباحها وفوائدها كانت الفوائد منقسمة على مقدار الأصول كالأرباح والأكساب ومهور الجواري وثمار الأشجار ونتاج البهائم كذلك ها هنا ثم قال المزني: وقد قال الشافعي: ولورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذ أبوهم بينهم على العدد امرأته وابنه في ذلك سواء.

قال أصحابنا: هذا الذي قاله المزني لا يعرف للشافعي في قديم ولا جديد والذي يقتضي مذهبه أن حق الشفعة موروث كما أن الأعيان موروثة فيجب أن تأخذ المرأة الثمن ويأخذ الباقي الابن، وقال أبو إسحاق: لو كان الشافعي قال هذا لكان له وجه وهو أن يقال: صورة المسألة أن يموت رجل بعد ثبوت الشفعة له قبل أخذها فانتقلت إلى ورثته امرأة وابن يستحقان على سواءٍ لأن أول إزالة الملك عن المشتري إلى الشفعاء بعد الموت فصارت كشفعةٍ تثبت لهما ابتداءً فيكونان فيها سواء وهو أحد القولين، ولأن الورثة إنما يستحقون الشفعة في هذا الشقص من أجل الشقص الآخر الذي ورثوه فكأنهما استحقا ذلك بسبب ملكٍ لهما، فإذا سويَ بين صاحب النصيب القليل وبين صاحب النصيب الكثير على أحد [٧٤/ ب] القولين جاز أن يسوي بين المرأة والابن وإن اختلف ميراثهما عن الميت، ويمكن أن يكون المزني انفرد بسماعه من الشافعي ومن قال بالأول قال: هذا لا يصح لأنهما لا يأخذان بالشقص الموروث الآن بل يأخذان الشفعة لأجل الشقص الذي كان ملكاً للموروث والابن والمرأة ورثا بالشفعة كما ورثا الشقص.

وقال القاضي الطبري: يمكن أن يقال: هما وإن ورثا الشفعة فالاستحقاق متعلق بالشقص الموروث، ألا ترى أن من باع منهما حقه من الشقص قبل الأخذ بالشفعة لم يكن له المطالبة بالشفعة فإذا كان كذلك أمكن نُصرة ما قاله أبو إسحاق والله أعلم.

ومن أصحابنا من قال: مراد الشافعي بهذه المسألة أن يموت الرجل عن ورثةٍ قبل ثبوت الشفعة له ثم ثبتت ببيع بعد موته قبل قسمة التركة وجواب الشافعي على قول التسوية لأن ابتداءها يثبت لهم وكأن المزني ذهب إلى هذا التأويل والتصوير، وإذا صورنا هذه الصورة لم تكن المسألة موضوعه في الشفعة الموروثة لأن الميت مات قبل ثبوت الشفعة بل هي شفعة تجددت لطائفةٍ مشتركين في إرثٍ ويستفاد من هذا التصوير

فائدة غريبة، وهي أن رجلاً لو مات وخلف نصف دارٍ وورثة وعليه دين يستغرق جميع تركته فبيع النصف الثاني من الدار قبل بيع التركة في الدين كان لورثة الميت طلب الشفعة في النصف المبيع لأن ملك الورثة على النصف المستغرق بالدين فإن بيع من النصف الموروث بعضه لم يكن للورثة بالباقي من النصف طلب الشفعة في بعض المبيع لأن ملكهم بيع عليهم فلا يثبت لهم شفعة في ملكهم بملكهم، وكذلك لو كان لهؤلاء الورثة في هذه الدار شقصٌ مملوك قبل موت أبيهم فمات أبوهم عن شقصٍ فيها فبيع شقص أبيهم في دينه فليس للورثة طلب الشفعة في الشقص المبيع هكذا ذكر أكثر أصحابنا بخراسان والعراق.

وقال القاضي [٧٥/أ] الطبري في هذه المسألة الأخيرة تثبت الشفعة للورثة بملكهم القديم في الشقص المبيع للدين لأنه يجعل كأن الميت باعه في حياته لأنه يباع في دينه فوجب أن يكون الاعتبار بالشركة الموجودة في حياته دون ما يحدث بعد موته ولم يذكر وجهاً آخر، وهكذا ذكره ابن الحداد ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأنه إنما يلحق بحال الحياة إذا وجد سببه في حال الحياة ما لا يمكن ابتداؤه بعد الوفاة، ولو كان كذلك لم يكن للوارث أن يقضي الدين من عنده ويمنع من البيع ولأن هذا ملك الورثة وإنما تعلق الدين بهذه العين لأنهم ملكوها من جهة الميت فهو كالعبد إذا جنى يتعلق أرش الجناية برقبته وهو ملكٌ لمولاه ويباع فيها، وإن كان الدين ليس على مولاه كذلك ها هنا، وقال ابن أبي هريرة: غلط أبو إسحاق فيما قال وأراد الشافعي بما قال: امرأته وابنه في ذلك سواء أي: سواء في الاستحقاق لا في المقدار فلا حجة للمزني فيه.

فرع

ذكره أبو العباس بن سريج على القول الأول فقال: إذا عفا الأخ عن الشفعة هل يستحق العم الأخذ بالشفعة أم لا؟ يحتمل وجهين **أحدهما**: يستحق لأنه شريك وإنما قدم الأخ عليه لقرب نسبه وامتزاجه فإذا عفا وسقط حقه استحق العم كما لو عفا وليُّ المقتول الأول عن القصاص يُستوفى بالمقتول الثاني، **والثاني**: لا يستحق لأنه لم يستحق حال البيع فلا يستحقها بعد، فإذا تقرر هذا قال ابن سريج: لا يختص ما ذكرناه بالإرث والشافعي لم يخص الميراث لأن الحكم يتعلق به وحده بل كل ملكٍ اختلف سببه فهو على هذا القياس، فلو اشترى نصف دارٍ ثم اشترى باقيها رجلان كان الأول كالعم والآخران كابني العم على ما فصلناه، وكذلك لو اشترى اثنان داراً فباع أحدهما نصيبه من اثنين وعفا الشفيع عن الشفعة ثم باع أحد هذين نصيبه من رجل [٧٥/ب] هل تكون الشفعة للآخر الذي بقي من هذين أولهما؟ على قولين. ثم فرع ابن سريج على هذا فروعاً فقال: إذا مات رجل وخلَّف ابنتين وأختين فللابنتين الثلثان وللأختين الثلث فإن باعت إحدى الأختين نصيبها يحتمل أن تكون الشفعة لأختها وللابنتين، ويحتمل أن يكون على قولين أيضاً:

أحدهما: الشفعة لأختها وحدها.

والثاني: الشفعة بين الكل والأظهر أن يشترك الجماعة ها هنا قولاً واحداً لأن الجميع تملكوا بسببٍ واحدٍ وهو الإرث من شخصٍ واحدٍ وفي تلك المسألة ملك الأخوان من شخصٍ والعم من شخصٍ آخر.

والفرع الثاني قال: لو خلف داراً وثلاثة بنين ثم مات أحدهم وخلف ابنين ثم باع أحد العمين نصيبه يحتمل أن هذا على القولين أيضاً ويحتمل أن تكون الشفعة بينه وبين ابن أخيه قولاً واحداً، والفرق أن ها هنا يقوم أبناء الميت منهم مقام أبيهم ويخلفونه في الملك، ولو كان أبوهم باقياً شارك أخاه في الشفعة فلهذا شاركوه وفي مسألة الكتاب البائع ابن أخيهم وهم لا يقومون مقام أخيهم وإنما يقومون مقام أبيهم فافترقا.

والفرع الثالث: قال: لو خلف داراً وثلاثة بنين فباع أحدهم نصيبه من ابنين وعفا أخواه عن الشفعة، ثم باع أحد المشتريين نصيبه من الأجنبي فهذا على قولين أيضاً كمسألة الشافعي **أحدهما**: الشفعة لمن اشترى معه دون الأخوين، **والثاني**: الشفعة بينه وبين الأخوين.

والفرع الرابع قال: لو مات وخلف أربع نسوةٍ وأربعة بنين وداراً فباعت إحدى النسوة حقها من الدار مشاعاً اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: يستحق الجميع الشفعة قولاً واحداً ومنهم من قال: فيه قولان **أحدهما**: أن النساء أولى به لأن شركتهن أخص بالمبيع لأنهن شركاء في الثمن [٧٦/أ] فنصيبهن حزبٌ ونصيب الأولاد حزبٌ ومن قال: إنها على قولٍ واحدٍ فرّق بين هذه المسألة وبين مسألة الأخ والعم بأن في هذه المسألة تقسم الفريضة من ثمانيةٍ فيكون الجميع في الشركة سواء وليس كذلك في تلك المسألة فإن الفريضة تقسم نصفين ثم يقسم أحد النصفين بين الاثنين لأنهما تركتان وهذه تركة واحدة.

والفرع الخامس قال: لو أوصى بثلث ضيعةٍ له لرجل ثم مات وخلف ابنين وقبل الموصى له الوصية ملك الثلث، فإن باع أحد الابنين نصيبه من التركة كانت الشفعة لأخيه وللموصى له بالثلث على القول الذي يقول الأخ والعم سواء، فإن قلنا: الأخ أولى من العم كان الأخ ها هنا أولى من الموصى له بالثلث.

والفرع السادس لو كان شريكان في دارٍ باع **أحدهما**: من رجل عشر نصيبه ثم باع منه تسعة أعشار نصيبه في صفقةٍ أخرى قال أبو حنيفة: يأخذ الشريك العشر الأول ثم هو والمشتري للعشر شريكان في الباقي يأخذانه بالسوية فيأخذ الشفيع نصف هذه الأعشار التسعة وهكذا يفعل القوم قصداً لإبطال بعض الشفعة، وعندنا إذا أخذ العُشر بالشفعة أخذه بحقوقه ومن حقوقه ثبوت الشفعة بسببه في الباقي فيأخذ الأعشار التسعة كلها فلا تنفع هذه الحيلة ولأن ملكه على الأول لم يستقر فلا يستحق به الشفعة.

ومن أصحابنا من قال مثل قول أبي حنيفة لأن ملكه ثبت على الأول، فإذا اشترى الباقي كان شريكاً بالأول فأما إذا عفا عن العشر فحينئذ لا يمكنه أن يأخذ من الأعشار التسعة إلا بعضها ففي قول يأخذ نصفها، وفي قول يقسم هذه الأعشار التسعة بينهما

على أحد عشر سهماً بأن يجعل [٧٦/ب] النصف الثاني من الدار عشرة أسهم أيضاً فيكون **لأحدهما**: عشرة وللآخر واحدٌ فيأخذان تسعة أعشار النصف على هذه السِّهام، فإذا تقرر هذا فاعلم أن الشفعة عندنا تورث كما يورث الرد بالعيب ويقسم بين الورثة على قدر حقوقهم إلا على ما حكاه المزني وقد ذكرنا ما قيل فيه وبه قال مالك وعبيد الله العنبري، وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد: لا يورث حق الشفعة ويبطل بالموت وهذا غلط لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فيورث كالرد بالعيب.

فرع

لو عفا بعض الورثة عن حقه من الشفعة هل تسقط حقوق الباقين من الشفعة؟ وجهان **أحدهما**: تسقط وهو اختيار ابن أبي هريرة لأنهم قاموا مقام أبيهم، ولو عفا هو عن بعضها يسقط الباقي كذلك ها هنا، **والثاني**: لا يسقط وهو اختيار أبي حامد وهو الصحيح كما لو عفا بعض الشركاء عن الشفعة لا تسقط حقوق الباقين ويفارق الموروث إذا عفا عن بعض الشفعة يسقط الكل لأنا لو لم نسقط حقه من الباقي أدَّى إلى تبعيض الصفقة على المشتري وذلك لا يجوز وها هنا لا يؤدي إلى هذا لأنه يقال: الآخر إما أن يأخذ الكل أو يدع قال أبو حامد: ولو ورثوا حق الرد بالعيب فعفا بعضهم عن حقه سقط حق الباقين قولاً واحداً، لأنا لو جوزنا للباقين الرد أدى إلى تبعيض الصفقة على البائع إذ لا يمكنهم رد حصة العافي، وقال أبو إسحاق المروزيّ: إذا عفا أحد الورثة هل يرجع نصيبه إلى باقي الورثة؟ قولان **أحدهما**: يرجع كما في الشركاء وعلى هذا لو حضر أحد الورثة وطالب بالشفعة قضي له بكل الشفعة، **والثاني**: وهو الأصح لا يرجع نصيبه إلى من بقي لأن جميعهم شفيعٌ واحدٌ [٧٧/أ] وعلى هذا لو حضر واحد لا يُقضى له بشيء حتى يجتمعوا فإذا قلنا: لا يبطل يأخذ منها بقدر ميراثه ولا يأخذ الكل بخلاف الشفيع الأصليّ لأن الشفيع الأصلي كان له أخذ جميعها فجاز أن يسقط بعفوه عن البعض كلها، وأما أحد الورثة لا يملك منها إلا قدر حقه فلم يبطل بالعفو عن غير حقه.

فرع آخر

لو عفا الشفيع في مرضه عن الشفعة ثم مات من أصحابنا من قال: للوارث إبطال عفوه والأصح أنه يصح عفوه كما لو لم يقبض الهبة لأنه سبب يفضي إلى الملك وليس بملكٍ مستقرٍ.

فرع آخر

لو لم يكن للشفيع وارث إلا بيت المال فيه وجهان **أحدهما**: أنه موروث لبيت المال والإمام يأخذه لكافة المسلمين إذا رأى صلاحاً، **والثاني**: تبطل الشفعة لأنه لدفع الضرر وها هنا لا يتعين الضرر بأحدٍ بخلاف الوارث.

فرع آخر

لو كان الشقص موقوفاً على رجل بعينه أو جماعة بأعيانهم وقلنا في أحد القولين: يملك الموقوف عليه رقبة الوقف هل يستحق الشفعة؟ به وجهان **أحدهما**: يستحق لثبوت ملكه واستقراره بسوء المشاركة، **والثاني**: لا يستحق لأنه ليس بتام الملك ولا مطلق التصرف.

فرع آخر

لو باع في مرضه المخوف شقصاً من دارٍ لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون البيع بثمن المثل، أو بالمحاباة بأقل من ثمن المثل فإن كان بثمن المثل فللشفيع الشفعة سواء كان الشفيع والمشتري وارثين أو غير وارثين أو أحدهما وارثاً والآخر غير وارث وبه قال أبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: لا يصح بيع المريض من وارثه، وإن كان بثمن المثل ولا شفعة، وإن كان بيع محاباةٍ مثل إن باع شقصاً بألف درهم وهو يساوي ثلاثة آلاف درهم فقد حاباه في ثمنه بألفي درهم فإن كان المشتري والشفيع أجنبيين [٧٧/ ب] فإن كان البائع يملك مالاً يخرج المحاباة من ثلثه صحَّت المحاباة وأخذ المشتري الشقص بألف وأخذ منه الشفيع بألف، وإن كان البائع لا يملك غير هذا الشقص فللمشتري الخيار في أن يأخذ ثلثي الشقص بألفٍ ليحصل له نصف المحاباة وهو ألف يكون ثلث التركة ويرجع إلى الورثة ثلث الشقص وقيمته ألف مع ألف، أو يفسخ البيع لأن الصفقة تفرقت عليه ثم للشفيع أن يأخذ بالألف ثلثي الشقص الصائر للمشتري بألفٍ، وإن كان المشتري وارثاً والشفيع أجنبياً فالمحاباة باطلة، وإن خرجت من الثلث لأنها وصية لوارثٍ والمشتري بالخيار بين أن يأخذ ثلث الشقص بألفٍ وبين أن يرده فإن أخذ ثلثه فللشفيع أخذ الثلث منه بالألف، وإن رده المشتري عرض على الشفيع قبل رده فإن رضي أن يأخذ ثلث الشقص بالألف كان أحق وبطل رد المشتري لأنه يرد ليحصل له الثمن الخارج من يده وقد حصل له من جهة الشفيع فوصل إلى حقه ومنع من إبطال حق الشفيع برده كما يمنع من رده بعيب لو ظهر إذا رضي الشفيع ويكون عهدة الشفيع على المشتري، ولو أن باقي الورثة أجازوا الوارث محاباته وأعطاه الشقص كله بالألف جاز وفيما يأخذه الشفيع قولان مبنيان على أن إجازة الورثة عطيَّة أو إمضاء.

فإن قلنا: إمضاءٌ فللشفيع أن يأخذ الشقص كله بالألف وإن قلنا: عطية يأخذ ثلث الشقص بالألف وتخلص للمشتري ثلثاه لأنها عطيَّة له خالصة، وإن كان المشتري أجنبياً والشفيع وارثاً فإن لم يحتمل الثلث شيئاً من المحاباة لإحاطة الدين بالتركة بطلت المحاباة وكان للمشتري الخيار في أخذ ثلث الشقص أو رده فإن أخذه كان الشفيع أحق به، وإن كان وارثاً لأنه لا محاباة فيه، وإن احتمل الثلث كل المحاباة لأنه ذو مالٍ [٧٨/ أ] فالمحاباة بثلثي الشقص، وإن احتمل الثلث بعضها وهو أن لا يملك غير

الشقص المقوَّم ثلاثة آلاف درهم احتمل الثلث نصف المحاباة وهو ثلث الشقص وفيها أربعة أوجهٍ حكاها ابن سريج.

أحدها: أنها جائزة للمشتري وللشفيع لأن المشتري بها فصحَّت له والشفيع داخل عليه فإنه يأخذ منه لا من المريض، ولأنه يجوز أن لا يجوز له المحاباة ولكنها تؤول إليه بمعنًى آخر كما لا يجوز إقرار العبد بما يوجب المال، ثم لو أقر بجنايةٍ توجب القود فعفا المقر له على مالٍ وجب المال فعلى هذا يأخذ المشتري بثلثي الشقص بألفٍ وللشفيع أخذ هذين الثلثين بألفٍ ويرجع الثلث إلى الورثة مع ألف الثمن.

قال أصحابنا: هذا هو المذهب وإنما ذكر ابن سريج هذه الأقاويل على عادته في ذكر ما يحتمل المسألة من الأقاويل وإن لم يخرَّج على أصل الشافعي ثم تخلص ما يخرج على مذهبه.

والثاني: المحاباة جائزة للمشتري دون الشفيع لأن الشفيع ممن لا يصح محاباته وهو بها غير مقصودٍ فعلى هذا يأخذ المشتري ثلثي الشقص بألفٍ وللشفيع أن يأخذ منه ثلثه بألفٍ ويرجع إلى الورثة الثلث فيصير الشقص أثلاثاً ثلثه للورثة، وثلثه للمشتري لأنها محاباة له، وثلثه للشفيع.

والثالث: المحاباة باطلة لهما لأنها قد تفضي إلى الشفيع الذي لا يصح أن يملكها وهي مقترنة بالمبيع الذي لا يجوز أن يفرد عنها فعلى هذا للمشتري أن يأخذ ثلث الشقص بالألف وللشفيع أن يأخذ منه بالألف ويرجع الثلثان إلى الورثة.

والرابع: أن المحاباة موقوفة مراعاة فإن عفا الشفيع عن شفعته صحت المحاباة للمشتري وأخذ ثلثي الشقص بالألف رجع الثلث إلى الورثة، وإن طالب الشفيع بالشفعة بطلت المحاباة للمشتري وأخذ ثلث الشقص بالألف ويأخذ الشفيع منه بالألف ويرجع الثلثان إلى [٧٨/ ب] الورثة.

ومن أصحابنا من حكى وجهاً خامساً عن ابن سريج أنه يبطل البيع والشفعة معاً، وحكي وجهاً سادساً عنه أيضاً أنه يأخذ الشفيع من المشتري ثلثي الشقص بالألف لأن الشفيع يستحق على المشتري أخذ الشقص بالثمن الذي وقع العقد عليه ثم إذا أخذه يلزمه أن يرد ثلث الشقص على الورثة لأنها محاباة حصلت في يده ولا يجوز أن يأخذ من موروثه محاباة لأنها وصية له، وفيه وجه سابع أنه تصح المحاباة للمشتري ولا شفعة للشفيع أصلاً لأنه لا يمكن أخذ الكلّ ولا أخذ النصف لأنه يؤدي إلى تبعيض الصفقة على المشتري وذلك لا يجوز فبطلت الشفعة أصلاً وبه قال أصحاب أبي حنيفة ولا معوّل على شيء منها والاعتماد على ما ذكرنا أولاً، وإن كان الشفيع وارث المشتري وهما أجنبيان من البائع صحت المحاباة للمشتري واستحق الشفيع المحاباة بشفعته لأنها ليست محاباة من المشتري ألا تراه يأخذها منه جبراً بلا اختيار.

فرع آخر

لو قال لأم ولده: إذا خدمت بعد موتي ورثتي سنة فلك هذا الشقص فخدمتهم سنةً

بعد موته استحقت الشقص، وهل يُغلب في ملكها للشقص حكم المعاوضة أو حكم الوصايا؟ وجهان **أحدهما**: يغلب حكم المعاوضة لأنها استحقته بخدمتها فعلى هذا يأخذه الشفيع بعد انقضاء السنة بأجرة مثل خدمتها تلك السنة، **والثاني**: وهو ظاهر المذهب يغلب حكم الوصايا لاعتباره من الثلث وملكه الشقص عن من لم يملك الخدمة فعلى هذا يكون وصيةً على صفةٍ بعد الموت ولا شفعة فيها.

مسألة(١): قال: «فإن حضر أحد الشفعاء أخذ الكل».

الفصل

وهذا كما قال: الدار إذا كانت بين أربعة أنفسٍ فباع واحد منهم نصيبه من أجنبي فلشركائه أن يأخذوا بالشفعة [٧٩/أ] لأنهم شركاء في الملك حال البيع ثم لا يخلو إما أن يكون حضوراً أو غيّباً فإن كانوا حضوراً يأخذون على السواء بينهم فإن عفا اثنان منهم عن الشفعة قلنا للثالث: أنت بالخيار بين أن تأخذ الكل أو تترك فإن أراد أخذ الثلث لم يكن له لأن الشفعة تجب لإزالة الضرر فلا يجوز إلحاق الضرر بها بالمشتري، وإن كان الشركاء غيّباً فحضر واحد منهم فطالب بحصته من الشقص لم يكن له وقيل له: إما أن تأخذ الكل بجميع الثمن أو تدع، فإن أخذ الكل بجميع الثمن ثم حضر الثاني كان له أن يأخذ منه النصف بنصف الثمن لأنهما لو حضرا معاً أخذاه نصفين فإذا جاء أحدهما: بعد الآخر كان النصف لكل واحدٍ منهما، وإن حضر الثالث: أخذ منهما الثلث بثلث الثمن، فإن عفا الثاني والثالث: استقر على الأول، وإن عفا الثاني دون الأول استقر عليهما.

فرع

لو كان للشقص غلة فحصلت في يد الشفيع الأول ثم حضر الثاني لم يشاركه الثاني فيها لأنها انفصلت في ملكه كما لو انفصلت في يد المشتري قبل الأخذ بالشفعة كانت للمشتري، وكذلك لو أخذ الثاني الغلة ثم حضر الثالث: لم يشاركه الثالث: فيها لما ذكرنا.

فرع آخر

لو أخذ الشقص مستحقاً قال أكثر أصحابنا: عهدة الثلاثة على المشتري ولا يرجع أحدهم على صاحبه لأنهم استحقوا الشفعة عليه، وذكر القاضي الطبري وجهاً آخر عن بعض أصحابنا أنه قال: عهدة الشفيع الثاني على الأول، وعهدة الثالث: عليهما لأنه أخذ الشقص من يده وقد كان ملكه له ودفع الثمن إليه فكانت عهدته عليه وعهدة الأول على المشتري والأول أشهر.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٢).

فرع آخر

لو حضر أحد الشفعاء وقال: لا آخذ الكل بل أنتظر مجيء الشريكين الآخرين فإن عفوا أخذت الكل، وإن أخذا [٧٩/ب] شاركتهما هل تبطل شفعته بهذا التأخير؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال وهو اختيار أبي إسحاق وابن سريج: لا تبطل لأن له غرضاً في تأخير الأخذ فكان عذراً وهو أن لا يغرم الثمن فيما ينتزع من يده وهذا أقيس، ومنهم من قال وهو اختيار ابن أبي هريرة: تبطل لأنه كان قادراً على أخذ الكل فكف عنه.

فرع آخر

إذا قلنا: يبطل حقه بهذا التأخير سقط حق الأول فإن قدم الآخران وطالبا أخذا بالشفعة وإن لم يطالبا سقط حقهما، وإذا قلنا: لا يبطل حقه بهذا التأخير فإذا قدم الشريكان نُظرا فإن طالبا بالشفعة شاركهما الأول فيكون الشقص بينهم أثلاثاً، وإن عفوا عن الشفعة هل للأول أن يأخذ نصيبهما بالشفعة؟ قال أبو إسحاق: يُنظر فإن كان قال: أنا مطالب بالشفعة في الكل ولكني آخذ حصتي وأتوقف في حصة شريكي لأنظر ما يكون منهما له أخذ نصيبهما لأنه لم يعف عنه، وإن كان قال: لست أطالب إلا بحصتي وقد عفوت عما زاد على ذلك فقد بطلت شفعته فيما زاد على الثلث فليس له أخذه عند عفو الشريكين.

فرع آخر

لو أخذ الشفيع الأول الكل، ثم حضر الثاني وقال: أقبض ثلث ما في يده وهو قدر حصتي عند حضور الثالث: وطلبه فامتنع الأول وقال: خذ نصف ما في يدي أو تعفو فيه وجهان **أحدهما**: القول قول الأول ويقال له: إما أن تأخذ النصف أو تدع كما يمنع الأول مع المشتري من ذلك، **والثاني**: القول قوله وله أن يقتصر على أخذ الثلث بخلاف الأول مع المشتري لأن للمشتري صفقة يمنع من تفريقها عليه وليس للشفيع الأول صفقة تفرق عليه وإنما هو عفو عن بعض ما استحق عليه وهذا اختيار ابن سريج والأول أقيس.

فرع آخر

لو أخذ الشقص أحد الشفعاء الثلاثة [٨٠/أ] عند غيبة الآخرين، ثم قدم أحد الغائبين فصالح الحاضر على ثلث الشقص وسلم له الثلثين فذلك جائز ولا يكون إبراءً، فإذا قدم الغائب الآخر فيه وجهان:

أحدهما: يرجع على الأول الذي بيده الثلثان فيأخذ نصف ما بيده وهو الثلث فيصير الشقص بينهم أثلاثاً ليكونوا في الشفعة سواء.

والثاني: وهو قول محمد بن الحسن واختاره ابن سريج: الشقص يكون بينهم على ثمانية عشر سهماً أربعة أسهم منها للعافي، وسبعة أسهم لكل واحدٍ من الآخرين،

ووجه ذلك أن العافي لما صالح على الثلث صار تاركاً لثلث حقه لأنه كان مستحقاً للنصف فاقتصر على الثلث فصار الشقص بينهما على ثلاثة أسهم سهم للعافي، وسهمان للحاضر الأول فلما قدم الثالث: استحق ثلث ما بيد العافي وهو ثلث سهم يضم إلى السهمين اللذين مع الأول يصير سهمين وثلثاً فيكون بينهما فيصير لكل واحدٍ منهما سهم وسدس فيُضرب في مخرج السدس وهو ستة لتصح السهام فيكون له أربعة أسهم من ثمانية عشر وكان لكل واحد من الآخرين سهم وسدس من ثلاثة مضروب له في ستة فيكون له سبعة أسهم والآخر مثلها.

وقال صاحب «الحاوي»(١): الصحيح عندي غير هذين الوجهين فأقول: الشقص بينهم على تسعة أسهم سهمان للعافي، وثلاثة أسهم للآخر، وأربعة أسهم للمعفو عنه ووجه ذلك أن العافي لما صالحه على الثلث صار الشقص سهماً على ثلاثة أسهم سهم للعافي وسهمان للمعفو عنه، فإذا قدِم الغائب الآخر فله أن يرجع على العافي بثلث ما في يده لأن له ثلث الشفعة فيكون ثلث سهم ويرجع على المعفو عنه بثلث ما بيده من السهمين فيكون ثلثي سهم فيصير جميع ما أخذه منهما سهماً واحداً ويبقى على العافي ثلثا سهم [٨٠/ب] وعلى المعفو عنه سهم وثلث فاضرب ذلك في مخرج الثلث وهو ثلاثة تكن تسعة أسهم للعافي منها سهمان لأن له سهماً وثلثاً في ثلاثة، ولم يجز أن يكون الأخير مساوياً المعفو عنه لأنه غير مقصود بالمحاباة والعفو.

فرع آخر

لو حضر الأول وأخذ الشقص بالشفعة ثم وجد به عيباً فرده على المشتري ثم حضر الغائبان كان لهما الشفعة لأن رده بالعيب بمنزلة عفوه عنها، وقال محمد: لا يأخذان إلا نصيبهما لأن الأول لم يعف عن الشفعة ولكنه ردَّ لأجل العيب فلا يتوقف نصيبه على الآخر كما لو رجع إليه بسببٍ آخر وهذا غلط لأن الشفيع فسخ تملكه ورجع إلى المشتري بالسبب الأول فكان للشفيع الآخر أن أخذه منه، ويفارق إذا عاد بسبب آخر لأنه عاد غير الملك الأول الذي تعلقت به الشفعة بخلاف مسألتنا.

فرع آخر

لو حضر الشفيع الثالث: وكان أحد الشريكين غائباً فإن قضى له القاضي على الغائب أخذ من الحاضر الثلث ومن الغائب الثلث، وإن لم يقض له فكم يأخذ من الحاضر؟ وجهان **أحدهما**: الثلث لأنه قدر ما يستحقهما في يده، **والثاني**: النصف لأن أحدهما: إذا كان غائباً صار كأنهما الشفيعان فيقتسمان بينهما بالسوية، فإذا ثبت هذا فإذا حضر الغائب وغاب هذا الحاضر ثلث ما في يده أخذ من الذي كان غائباً وحضر ثلث ما في يده أيضاً، وإن كان أخذ من الحاضر نصف ما في يده أخذ من هذا سدس

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٢٦٢).

ما في يده فيتم بذلك نصيبه وتصح قسمة ذلك من ثمانية وأربعين فالمبيع اثنا عشر سهماً أخذ كل واحدٍ ستة فإن أخذ من أحدهما: سهمين وهو ثلث ما في يده أخذ من الآخر سهمين، وإن أخذ نصف ما في يده وهو ثلاثة أخذ من الآخر سهماً وهو سدس ما في يده فيتم له أربعة أسهم وذلك ثلث السهم المبيع.

فرع آخر

قال الشافعي عقيب هذه المسألة: وإن كان الاثنان [٨١/أ] قد اقتسما قبل قدوم الثالث: كان له نقض قسمتهما لأن له فيه حق الشفعة ولم يرد الشافعي أن القسمة تنتقض بالمطالبة بنقضها بل أراد أنها تنتقض بالمطالبة بالشفعة، فإذا طالب بالشفعة انتقضت القسمة بين الأولين، وإن كانا قد اقتسما قسمةً صحيحة، فإن قيل: كيف تصح قسمتهما والشريك الثالث: غائب؟ قلنا: يتصور صحتها بأن وكل في القسمة قبل حصول البيع وغير ذلك على ما سنبين إن شاء الله تعالى.

فرع آخر

لو قال الشفيع الواحد: عفوت عن نصف الشفعة ففي المسألة وجوه **أحدها**: بطلت الشفعة في الكل كالقصاص إذا عفا عن بعضه سقط كله لأنه لا يتجزأ وهو ظاهر المذهب وبه قال محمد وهو اختيار ابن سريج، **والثاني**: لا تبطل الشفعة ويقال له: خذ له الكل أو دع الكل وبه قال أبو يوسف لأن العفو لما لم يكمل بطل، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا هو المنصوص، **والثالث**: حكي عن ابن سريج أنه قال: يأخذ النصف ويدع الباقي وهذا لا وجه له، وقال أصحابنا: لعل هذا القائل أراد إذا كان المشتري راضياً بالتفريق فأما دون رضاه فلا يكون ذلك بوجه.

مسألة(١): قال: «ولو أصابها هدمٌ من السماءِ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا عاب الشقص في يد المشتري قبل أن يأخذ الشفيع الشفعة نظر، فإن كان عيباً لم يذهب به شيء من الأعيان ولا انفصل به شيء من البناء مثل تشقق الحائط وميلانه وانكسار الجذوع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذه معيباً بكل الثمن أو يتركه بلا خلاف، وإن كان ذلك بانتقاض بناءٍ وانفصال شيء منه نقل المزني أن الشفيع بالخيار بين أن يأخذه ناقصاً بكل الثمن أو يدع وهو منصوص في كتاب التفليس، وقال في القديم: الشفيع بالخيار بين أن يأخذ ما بقي بالحصة من الثمن أو يدع وهو رواية الربيع.

واختلف أصحابنا في هذه المسألة على خمسة طرق [٨١/ب].

إحداها: أنه لا يدخل في الشفعة ما انفصل من البناء والشفيع بالخيار بين أن يأخذ

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٢).

ما عداه أو يدع فإذا أخذ بكم يأخذ؟ فيه قولان: **أحدهما**: يأخذه بكل الثمن لأنه استحقه به وقت العقد فلا يحطّ عنه النقصان كالمبيع إذا نقص في يد البائع قبل القبض لا يحطّ من الثمن شيئاً إذا اختار المشتري إنفاذ البيع، **والثاني**: يأخذه بالحصة وهو الصحيح لأنه أخذ ما تناوله العقد فوجب أن يأخذ بالحصة من الثمن كما لو باع شقصاً وسيفاً يأخذ الشقص ببعض الثمن لا بجميعه، ولا فرق على هذه الطريقة بين أن يكون النقص بفعل الآدمي أو بآفةٍ سماويةٍ ولا فائدة لتقييد المسألة بهدمٍ من السماء، ولا فرق بين أن يكون قد ذهب بعض العرصة أم لا.

والثانية المسألة على قول واحد أنه يأخذ بحصته من الثمن كما قال في القديم والذي نقل المزني لا يعرف للشافعي في شيء من كتبه، وقال أبو إسحاق: الذي قال في القديم والجديد: أنه يأخذ بالحصة وردَّ على أهل العراق قولهم: إن انهدم بأمرٍ من السماء أخذه بجميع الثمن، وإن انهدم بفعل الآدميين أخذه بحصته من الثمن، ولعل المزني غلط من قول الشافعي إلى قول أهل العراق مثل ما غلط من قول الشافعي إلى قول مالكٍ فيمن حلف على غريم له ألا يفارقه حتى يستوفي حقه منه فأخذ منه بحقه عرضاً أنه إن كان ذلك بقيمة الحق أو أكثر لم يحنث، وإن كان بأقل حنث وهذا قول مالك وعلى هذا لا يأخذ النقض وهو اختيار أبي بكر الفارسي وقيل: تأويله ما نقل المزني إذا استهدم ولم يبن من الدار.

والثالثة المسألة على اختلاف حالين فالذي نقله المزني إذا انهدمت الدار وانتقض التأليف ولم يتلف من الأجزاء شيء فالشفيع يأخذ الكل بكل الثمن وهذا المنهدم [٨٢/أ] وإن صار منقولاً لا يمنع من الأخذ من الشفعة لأنه كان عند البيع متصلاً غير منقولٍ، وهذا كما لو اشترى داراً فانهدمت قبل القبض لم يخرج ما بان منها لأنه كان متصلاً بها وقت البيع والذي نقله الربيع أراد إذا تلف بعض الأجزاء والأعيان، والفرق أن الأعيان إذا كانت باقية لم يتلف شيء مما يقابله الثمن بل بغير التأليف وذلك لا يقابله الثمن فافترقا، وهذا اختيار ابن أبي هريرة وأكثر شيوخنا ببغداد وهذا لأن المزني ثقة في الرواية فلا ينبغي أن ترد روايته.

والرابعة المسألة على اختلاف حالين من وجهٍ آخر فالذي نقل المزني: إذا تلف البناء والعرصة قائمة بحالها والذي نقل الربيع: إذا ذهب بعض العرصة بغرقٍ أو غيره لأن الآلات والبناء تابعة للعرصة في الشفعة وظاهر قول هذا القائل أن الأعيان المنفصلة لا تدخل في الشفعة وهذا غير صحيح لأن الثمن يقابل العرصة والأعيان، وإن كانت تابعةً ولأن الشافعي قال في القديم: ولو اشتراه عامراً فهدمه قيل له: وقعت الصفقة على شيئين وفات أحدهما: فيقسم الثمن على العرصة والبناء ويأخذ مما أصاب العرصة وهذا اللفظ لا يحتمل ما قاله هذا القائل.

والخامسة وهي على اختلاف الحالين من وجهٍ آخر فالذي نقل المزني: إذا كان الهلاك بأمرٍ سماوي والذي نقل الربيع: إذا كان الهلاك من الآدمي، والفرق أنه إذا

حصل من الآدمي حصل للمشتري بدل بالضمان، وإذا حصل من السماء لم يحصل للمشتري بدل ذلك وهذا غير صحيح لأنه نص في القديم على أنه لا فرق بينهما وإنما هذا مذهب أبي حنيفة رحمه الله.

مسألة[(١)]: قال: «ولو قاسَمَ وبنى قيلَ للشفيع: إن شئتَ فخُذْ بالثَّمنِ وقيمةِ البناءِ اليومَ، أو دَعْ». [٨٢/ب]

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى شقصاً من قزاز وثبت للشفيع ثم قاسم المشتري وبنى فيه قال الشافعي رحمة الله عليه: قيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بالثمن وقيمة البناء يوم تأخذه لأنه بنى وهو غير متعدٍ وقصد به الرد على أبي حنيفة حيث قال: ليس على الشفيع أن يغرم قيمة البناء ويجبر على قلعه، وبه قال الثوري والمزني وبقولنا قال النخعي ومالك وأحمد وإسحاق والأوزاعي واحتج المزني فقال: هذا الذي قاله الشافعي غلط كيف لا يكون متعدياً وقد بنى فيما للشفيع فيه شرك مشاع، ولولا أن الشفيع فيه شركاً ما كان شفيعاً وقال: لا يخلو من أن يكون قسم مع الشريك أو قسم بنفسه فإن قسم بنفسه دون الشريك فالقسمة فاسدة والبناء تعدٍ، وإن قسم مع الشريك ولم يطالبه بالشفعة فقد بطلت الشفعة وهذا الذي قاله غلط لأنا نقول: غلطت في قولك للشفيع فيه شرك لأن الشرك عبارة عن الملك في هذا الموضع والشفيع منفرد والملك للمشتري دون الشفيع وليس للشفيع في ذلك الملك شركة وإنما له سلطان السلب، بدليل أن المشتري لو باعه صح بيعه وملك ثمنه بالإجماع، فلو كان للشفيع فيه ملك أو شرك لما جاز ذلك فإذا بنى كان متصرفاً في ملكه فعليه أن يغرم ما نقص من قيمة البناء، ولأنه لو بنى المستعير في البقعة المستعارة بناءً ثم كلفه المعير قلع بنائه غرم ما نقص من قيمة البناء فالباني في ملك نفسه أولى بأن يكون له على الهادم قيمة بنائه، وأما قوله أن القسمة فاسدة قلنا: القسمة قد تصح مع بقاء الشفعة من خمسة أوجه:

أحدها: أن يكون الشفيع غائباً وقد وكل في مقاسمة شركائه وكيلاً يجوز للوكيل أن يقاسم المشتري لتوكيله في المقاسمة ولا يطالبه بالشفعة لأنه ليس بوكيل [٨٣/أ] فيه.

والثاني: أن يأتي المشتري الحاكم فيسأله المقاسمة عن الغائب فيجوز للحاكم ذلك إذا كان الشريك بعيد الغيبة وليس له أن يأخذ بالشفعة للغائب ويجعل الغائب على حقه من الشفعة إذا قدم وسجل به سجلاً.

والثالث: أن يذكر المشتري ثمناً موفوراً ثم يعفو أو يقاسم ثم تبين أن الثمن كان أقل فالقسمة صحيحة والشفعة ثابتة والشفيع غير متعدٍ ببنائه لأنه بالكذب متعدٍ في قوله لا في قسمته وبنائه.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٢).

والرابع: أن ينكر الشراء ويدعي الهبة فلا شفعة في الظاهر فقاسمه ثم علم الشراء.

والخامس: أن يكون الشفيع طفلاً فيمسك الولي عن طلب الشفعة ويقاسم المشتري ثم بلغ الطفل تكون له الشفعة مع صحة القسمة فبطل ما قاله المزني، فإن قيل: هذا يبطل بما ذكره الشافعي: لو اشترى أرضاً وبناها ثم استحقها رجل يجبر المشتري على نقض بنائه وكان بناؤه على غير وجه التعدي قلنا: البينة لما قامت على الاستحقاق انكشف لنا أن المشتري بناها وهي لغيره وأنه كان متعدياً في الباطن وليس كذلك في الشفعة فإنه لم ينكشف لنا أن المشتري بالبناء كان متعدياً على أنا نقول للمشتري: لك أن ترجع بما دخل في البناء من النقص على الغاصب فيزول الضرر عنه، فإذا تقرر هذا وطالب الشفيع بالشفعة لا يخلو المشتري من أحد أمرين إما أن يختار قلع ما أحدثه من البناء، أو لا فإن اختار القلع كان له وليس للشفيع منعه منه، وإذا فعل ذلك ليس عليه ما نقص بالقلع ولا تسوية الحفر التي هي مواضع القلع، فإذا فعل ذلك كان الشفيع بالخيار بين أن يأخذ بعد القلع بكل الثمن أو يدع فإن أخذ فلا كلام، وإن لم يأخذ بطلت شفعته.

وإن اختار المشتري الشفعة قلنا للشفيع: لك الخيار بين ثلاثة أشياء بين الترك وبين الأخذ بالقيمة [٨٣/ب] وبين إجبار المشتري على القلع وإعطائه ما نقص بالقلع وهو ما بين قيمته قائماً في مكانه ومقلوعاً، ولو كان مكان البناء زرع قلنا للشفيع: خذ بالشفعة ويكون للمشتري الزرع فيه إلى حين الحصاد لأنه لا يتباقى ضرره ولا أجرة للشفيع.

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: يلزم أجرة المثل إلى أوان الحصاد، ولو قال الشفيع: أنا أؤخر حتى إذا حصد الزرع أخذت إذ ذاك كان ذلك له ولا تسقط شفعته لأن له في التأخير غرضاً صحيحاً وهو بقاء الثمن عنده إلى حين الحصاد ينتفع به فإذا حصد أخذه.

فرع

لو اختلفا في البناء الموجود فقال الشفيع: كان قبل الشراء، وقال المشتري: أحدثته بعد الشراء فالقول قول المشتري.

فرع آخر

لو غرس فيها فالغراس كالبناء ويجوز أن يغرس المشتري من غير مقاسمة بأن تكون الأرض بين ثلاثة شركاء فاكترى أحدهم نصيب صاحبه واشترى نصيب الآخر ثم غرس المشتري ثم علم المكري بالشفعة.

فرع آخر

لو قال الشفيع: أنا آخذ من الشقص القدر الذي لا بناء فيه بكل الثمن لم يجز، لأنه متطوع بهبة لا يلزمه قبولها وملزم له شركة ربما استضر بها، وكذلك لو قال: أقرّ في الأرض البناء.

فرع آخر

لو تصرف المشتري قبل أن يعلم الشفيع بالشفعة تصرفاً حكمياً بأن باعه أو وهبه أو أصدق أو وقف أو رهن صح تصرفه بكل وجهٍ يتصرف في ملكه المطلق ولا يصح ذلك في حق الشفيع ثم لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون تصرفاً تجب به الشفعة، أو لا تجب به الشفعة، فإن كان مما تجب به الشفعة كالبيع والنكاح والإجارة والصلح أو كان المشتري امرأة فخالعت به كان الشفيع بالخيار بين أن يفسخ تصرف المشتري ويأخذ الشقص منه [٨٤/أ] وبين أن يقرّه ويأخذ الشقص من الثاني لأن الشركة قائمة عند العقد بين معافان اختار نقض تصرف المشتري كان له ويأخذه منه، وإن اختار تنفيذ تصرفه وأن يأخذه من الثاني يكون العافي كأنه المالك الأول فيأخذه منه بالثمن الذي اشتراه هو، وإن كان صداقاً وأخذه بمهر المثل وعلى هذا، وإن كان تصرفاً لا تجب به الشفعة كالهبة والوقف والرهن كان للشفيع إبطاله والأخذ بالشفعة.

وقال القاضي الطبري: سمعت الماسرجسي يقول: في الوقف تبطل شفعته لأنها تجب في المملوك وقد خرج هذا الشقص من أن يكون مملوكاً وهذا غير مشهور ولا يصح لأن الوقف من المريض يبطل لحق الغرماء وإن صادف ملكه كذلك ها هنا.

وقال مالك: إذا وهب المشتري يأخذ الشفيع من الموهوب له ويدفع الثمن إلى الموهوب له لا إلى المشتري وعندنا يدفع إلى المشتري لأن الهبة تبطل بأخذه ولو أوصى المشترى لآخر ومات فللشفيع أخذه بالشفعة ويبطل الوصية لأنه أوصى بشيء قد استحق عليه.

فرع آخر

لو ضمن الشفيع عن المشتري ثمن الشقص للبائع أو ضمن عن البائع درك المبيع للمشتري يصح الشراء والضمان وكان الشفيع على شفعته على ما ذكرنا خلافاً لأبي حنيفة، وعلى هذا إذا ضمن الثمن فطالبه البائع فغرمه ثم أخذ الشفعة، فإن كان ضمن الثمن بأمر المشتري فقد برئ الشفيع مما استحقه المشتري عليه من الثمن لأنه تطوع يغرمه للبائع ويحكم عليه بدفعه ثانياً إلى المشتري.

مسألة(١): قال: «ولو كانَ الشَّقصُ في النَّخلِ فزادَتْ كانَ لهُ أخذُها».

الفصل

وهذا كما قال: الأشياء في الشفعة على ثلاثة أضرب منها ما تجب فيه الشفعة متبوعاً وهو العراض والبراح التي لا أصل فيها من بناء ولا غيره، ومنه ما لا تجب فيه الشفعة لا تابعاً ولا متبوعاً وهو المنقول كالطعام والمتاع ونحو [٨٤/ب] ذلك، وقال عطاء: تثبت الشفعة في كل مشترك من جميع الأموال وبه قال مالك في رواية، وروي

(١) انظر الأم (٣/ ٥٣).

عنه أنه قال: تثبت في السفن خاصةً، وروي عنه أنه قال: تجب الشفعة في البناء المفرد والغرس وفي الثمار وفي المقاشي والمباطح لاتصاله بعراض الأرض المستحق فيها الشفعة واحتجوا بما روى ابن أبي مليكة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «الشريك شفيع والشفعة في كل شيء»[1] وهذا غلط لقوله ﷺ: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» وهذا لا يتناول المنقول، وأما خبرهم مرسل غير مشهور ولا يصح مرفوعاً وما روينا أصح وأشهر.

قالوا: الشفعة لضرر القسمة ويوجد ذلك في الكل قلنا: الضرر المخصوص لا يوجد ها هنا وهو المؤونة في إفراز المرفق عند القسمة ولا يتأبد ضرره فلا يقاس على غير المنقول. ومنها ما يجب فيه الشفعة تابعاً ولا يجب متبوعاً وهو كل ما كان في الأرض من بناءٍ وأصلٍ كالشجر فإذا بيعت أرض فيها نخيل ثبت للشفيع فيها الشفعة ويكون النخيل تابعةً للشقص في الشفعة لاتصالها بها، ألا ترى أنها تدخل في بيع الشقص من غير تسمية، وإن كانت عليها ثمرة مؤبَّرة تكون الثمرة للمشتري بالشرط ولا يأخذها الشفيع بالشفعة.

وقال أبو حنيفة ومالك: تثبت الشفعة فيها مع أصولها لأنها متصلة بما فيه الشفعة وهكذا الخلاف في الزرع مع الأرض إذا شرط في البيع وهذا غلط لأنها لا تدخل في البيع إلا بالاشتراط فكانت منفردةً في الحكم بنفسها غير تابعة للأرض كالفدان والثيران، فإذا تقرر هذا يأخذ الشفيع الأرض مع النخيل بحصتها من الثمن ويترك الثمرة للمشتري بما يقابلها من الثمن، ولو كان الشفيع غائباً فعاد من سفره وكانت النخيل زادت وكبرت واستغلت يأخذها بزيادتها لأن هذه الزيادة غير متميزة فكانت تابعة [٨٥/أ] لها.

فرع

لو بيع النخل مع قرارها من الأرض مفردةً عما يتخللها من بياض الأرض ففي وجوب الشفعة فيها وجهان، وكذلك إذا باع البناء مع قراره من الأرض دون البياض فهل تثبت الشفعة على هذين الوجهين؟ **أحدهما**: فيها الشفعة لأنها فرع لأصلٍ ثابتٍ وعلى الشريك فيها من جهة شريكه سوء المشاركة ومؤونة مقاسمةٍ، قال الإمام أبو محمد الجويني رحمه الله: هذا هو المذهب المشهور وقال: ولو كان البيع في الفسيل المنقول لم تثبت فيه الشفعة لأن العادة نقله من مكان إلى مكان الغراس، **والوجه الثاني**: لا شفعة فيها لأن قرار النخل تبعٌ لها فلما لم تجب الشفعة فيها مفردةً لم تجب فيها وفي تبعها وهذا هو المشهور عند أهل العراق.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٣٧١)، والطبراني في «الكبير» (١١/ ١٢٣)، والبيهقي في «الكبرى» (٦/ ١٠٩)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٢٥).

فرع آخر

لو باع الأرض والنخيل ثم لم يأخذ الشفعة حتى أثمرت غير مؤبرة ففي استحقاق الشفيع لها قولان قال في القديم: يأخذها كما يدخل في البيع تبعاً، وقال في الجديد: لا يستحقها وقد ذكرنا هذا في كتاب البيع، ولو كان وقت البيع عليها ثمرة غير مؤبرة دخلت في البيع تبعاً ويأخذها الشفيع فإن تأبَّرت عند الأخذ بالشفعة فيه وجهان **أحدهما**: لا حق فيها للشفيع لتميزها عما يكون تبعاً فعلى هذا يأخذ الشفيع الشقص من النخل بحصته من الثمن، **والثاني**: يأخذها مع الشقص لأن ما كان تبعاً وقت العقد لاتصاله لم يسقط حق الشفيع منه بانفصاله، وقال أبو حنيفة: إن جُدَّت فلا حق له فيها لانفصالها، وإن كانت على نخلها أخذها بشفعته مؤبرة وغير مؤبرة وهذا غلط لما ذكرنا، ولو بيع الأرض دون النخل ففيها الشفعة بلا خلاف، ولو أفرد النخيل دون قرارها بالبيع لا شفعة فيها بلا خلاف.

فرع آخر

قال ابن سريج: والدولاب والميزاب والناعورة أصل كالبناء [٨٥/ب] وأما الدواليب المرسلة والذرموق وهو جذع الدالية، والباطئة وهي التي كالجفنة من القصب المقيَّرة والمعلقة في رأس جذع الدالية لا شفعة فيها، وإن بيعت مع الأرض لأنها كالغلمان يعملون في الضيعة فيشتري الأرض والغلمان معها فالشفعة فيها دون الغلمان.

مسألة(١): قال: «ولا شفعةَ في بئرٍ لا بياضَ لَها».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت بئر لرجلين فباع **أحدهما**: نصيبه، فإن كانت البئر لها بياض وهي الأرض التي حولها والموضع الذي تجيء الماشية إليه إذا شربت ليرد غيرها وهو الذي يسمى العطن والبئر لا تستغني عنه ويكون قيمة البياض مثل قيمة البئر إذا أفرد كل واحدٍ منهما عن الآخر فهذا محتمل القسمة بأن يأخذ أحدهما: البئر والآخر البياض، فإذا باع أحدهما: نصيبه من البئر والبياض كان لشريكه فيه الشفعة، وكذلك إذا كانت بئراً واسعة جافة لا ماء فيها تثبت الشفعة فيها لأن قسمتها جائزة، وإن كان فيها ماء ولم يكن لها بياض نظر، فإن كانت واسعة لها عينان ويمكن أن يجعل بئرين ويجعل بينهما حاجزاً مثل الجزيرة كآبار البادية فهذه أيضاً تحتمل القسمة فتثبت فيها الشفعة، وإن كان فيها عين واحدة أو كانت بئراً ضيقة مثل الآبار المعهودة لا يجبر واحد منهما على قسمتها، فإذا باع أحد الشريكين نصيبه منها لم يكن لشريكه فيه الشفعة وقيل: قوله: لا بياض لها أي: لا مزرعة لها فإنه إذا لم يكن لها مزارع لا تحتمل القسمة غالباً.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٣).

وأما الرحى، فإن كانت حجرين فإن قسمتها ممكنة فتثبت فيها الشفعة، وإن كانت حجراً واحداً إلا أن لما بيّنّا لا يستغني عنه الرحى يجعل فيه الطعام وترد البهائم التي تعمل في الرحى إليه وقيمتها واحدة فإن قسمتها ممكنة بأن يجعل لواحدٍ فهذه [٨٦/أ] تثبت فيها الشفعة، وإن لم يكن لها بيت لم تثبت فيها الشفعة. وأما الحمام إن كان في بيوت واسعة يمكن قسمتها ويجعل حمامين وجبت الشفعة في نصيب أحدهما، وإن كان ضيقاً لا يحتمل القسمة فلا شفعة فيه وبه قال ربيعة ومالك في رواية، وروي ذلك عن عثمان رضي الله عنه، وقال الثوري وأبو حنيفة: تثبت الشفعة في البئر والرحى والحمام، وإن كانت لا تحتمل القسمة وهو اختيار ابن سريج ولهذا القول وجه، وإن كان خلاف مذهب الشافعي وهو المشهور عن مالك وهذا لأن الشفعة لأجل الضرر بالمشاركة والضرر في هذه الأشياء أكثر لأنه يتأبد ضرره والفتوى على هذا اليوم ووجه قولنا: لا شفعة فيها أن إثبات الشفعة فيها يضر بالبيع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة ويمتنع المشتري من الشراء خوفاً من الشفيع فلا شفعة لهذا المعنى.

وقد روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: «لا شفعة في بئر ولا فحل والأُزفُ يقطع كل شفعة» وأراد بالفحل فحل النخل، وأراد إذا كان للقوم نخيل في حائط توارثوها واقتسموها ولهم فحل نخل في أرض الغير يلقحون منه نخيلهم فباع أحدهم نصيبه المقسوم من ذلك الحائط بحقوقه من الفحل وغيره فلا شفعة للشركاء في الفحل، لأنه لا ينقسم أيضاً كالبئر سواء والأزفُ المعالم والحدود بين المواضع المقسومة واحدها أزفة ويقال: أزثة بالثاء.

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة ولا ركح ولا رهوة»[١] والفناء الساحة المتصلة بدور القوم فلا شفعة فيه لأنه ينقسم والمنقبة، قال أبو عبيد: الطريق الضيق بين الدارين أو بين الدور والنقب الطريق الضيق بين الجبلين، والركح ناحية البيت من ورائه وما كان فضاء لا بناء فيه يعني إذا كان للسابلة والمارة أو لأنه مرفق الدار تابع [٨٦/ب] لها فلا شفعة فيه بانفراده، والرهوة الجوبة تكون في محلة القوم يسيل فيها ماء المطر وغيره، وقال ابن أبي أحمد: وفي الرحى والحمام قولان قالهما ابن سريج تخريجاً.

وقال القفال: اختلف أصحابنا في حد ما يحتمل القسمة فمنهم من قال: حده أن يمكن الانتفاع بكل شقص منه بعد القسمة على الوجه الذي كان ينتفع به من قبل فعلى هذا لا شفعة في الرحى والحمام على ما ذكرنا ومنهم من قال: حده أن يمكن الانتفاع به لأنه يمكن الانتفاع ببعض بيوته وساحته من وجهٍ آخر قال: والعبارة الصحيحة عنه أنه إذا كان بحيث لو دعا الدخيل إلى القسمة أجبر عليه الشريك فللشريك فيه الشفعة لأنه

---

(١) أخرجه الهروي (٣/ ١٢١).

يأمن بها من مؤونة المقاسمة، وإن كان لا يجبر عليه الشريك فلا شفعة له حتى لو كانت داراً واسعة غير أن لأحدهما: جزءاً من ألف جزء أو مائة جزءٍ فباع ذلك فلا شفعة فيه للآخرين لأن مشتري هذا الجزء لو دعا إلى القسمة لم يجب إليها جبراً، وإن بيع نصف الدار أو ثلثها تثبت الشفعة وهذا غريب، وقال جماعة أصحابنا بالعراق: حده ما لا تنقص قيمته بالقسمة وقيل: هو ما ينتفع به بعد القسمة وهو ظاهر المذهب وأراد به المنفعة التي كانت.

فرع

لو كان السقف لأرباب العلو فباع أحدهم نصيبه فيه وجهان **أحدهما**: وهو الأصح لا شفعة فيه لأنه لا يتبع أرضاً، **والثاني**: فيه الشفعة لأن السقف كالعرصة وقد قال الشافعي في كتاب الصلح: السقف أرض لصاحب العلو ولأنه إذا جاز **أحدهما**: حصته من البناء والسقف أمكن سكناه كالأرض.

فرع آخر

إذا كانت أرضاً واسعةً تختص الرحى بموضعٍ منها كأرحاء البصرة في أنهارها فإطلاق بيع الأرض هل يوجب دخول الرحى؟ فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: تدخل علواً وسفلاً فعلى هذا تجب الشفعة فيه تبعاً للأرض كالبناء، **والثاني**: لا تدخل أصلاً فعلى هذا لا شرط فيه وإن شرط في البيع [٨٧/أ] كالزرع ويأخذ الأرض بحصتها من الثمن، **والثالث**: يدخل السفل دون العلو فتجب الشفعة في السفل دون العلو، وأما بيت الرحى فداخل فيه والشفعة فيه واجبة كسائر الأبنية.

فرع آخر

إذا بيع الأرض هل يدخل فيه الدولاب تبعاً؟ فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: يدخل كالبناء فيدخل في الشفعة، **والثاني**: لا يدخل فلا شفعة، **والثالث**: إن كان كبيراً لا يمكن نقله يدخل فتجب فيه الشفعة، وإن كان صغيراً يمكن نقله ليدخل في البيع ولا شفعة وقد ذكرنا ما قال ابن سريج.

فرع آخر

المعدن إذا كان جارياً كمعادن النفط فحكمه حكم البئر، فإن كان ضيقاً لا يصير ما قسم معدناً لا شفعة فيه، وإن كان واسعاً، فإن كان نبوعه في أحد جوانبه لا شفعة، وإن كان نبوعه في جميع جوانبه ففيه الشفعة.

فرع آخر

إذا أثبتنا الشفعة فيه، فإن كان ما ينبع منه يجتمع فيه ولا يخرج منه فهل يكون ما اجتمع منه وقت العقد داخلاً في البيع ومأخوذاً بالشفعة؟ وجهان **أحدهما**: يدخل كاللبن في الضرع ويؤخذ في الشفعة لأنه تبع لما فيه الشفعة، **والثاني**: لا يدخل في البيع كالثمرة المؤبرة ولا تجب فيه الشفعة وإن شرط في البيع، وإن كان ما ينبع جارياً لا

يجتمع فيه قال أبو إسحاق: لا يملك إلا بالإجارة، وإذا خرج من معدنه لم يمنع منه الناس، وقال ابن أبي هريرة: في المعدن مملوك قبل إجارته وله منع الناس منه إذا خرج عن معدنه فعلى هذا هل يكون داخلاً في البيع إذا كان ظاهراً وقت العقد؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

فرع آخر

لو كان المعدن جامداً كمعادن الصفّر يدخل في البيع ثم ينظر، فإن كانت قسمته ممكنة وتصير كل حصة منه إذا قسمت معدناً ففيه الشفعة، وإن لم يكن كذلك فلا شفعة.

مسألة(١): قال: «فأما الطريقُ التي لا تُملَكُ فلا شفعَة فيها ولا بها».

وهذا كما قال: أراد به الشوارع لا شفعة فيها [٨٧/ب]، وإن كانت طريقاً إلى الدار المبيعة لأنها غير مملوكة وقوله ولا بها قصد به الرد على أبي حنيفة حيث قال: تثبت الشفعة بالطريق إذا كانت غير نافذة وعندنا لا تثبت به الشفعة في الدار المقسومة بحالٍ، وإن كان الطريق مملوكاً فكيف إذا كان غير مملوك؟

فرع آخر

لو كانت عرصة يحيط بها دور وهي مشتركة بين أرباب الدار فهذه مملوكة وبيع كل واحدٍ منهم لحصته جائز، فإذا باع أحدهم داره مع حصته من العرصة قال مالك وابن سريج: تجب الشفعة في الدار المحوزة وفي حصتها من العرصة للاشتراك في العرصة، وعند الشافعي لا شفعة في الدار لإجازتها وينظر في العرصة، فإن كانت ضيقة لا تحتمل القسمة لا شفعة، وإن كانت واسعة تحتمل القسمة، فإن كان للدار من غير العرصة طريق تجب الشفعة، وكذلك إن كان للمشتري دار يفتح بابها إليها أو يمكن فتحه إلى شارعٍ تجب الشفعة ويأخذ مقدار حقه من الزقاق بما يخصه من الثمن، وإن لم يكن طريق منٍ غير العرصة لا تثبت فيها الشفعة في ظاهر مذهب الشافعي لأن الشفعة تجب لإزالة الضرر وها هنا يؤدي إلى الضرر بالمشتري لأنه يبقى ملكه محبوساً بلا طريق وهذا الضرر أعظم من ضرر الشفيع ولا يزال الضرر بالضرر.

ومن أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: هذا، **والثاني**: وهو اختيار ابن أبي هريرة تجب فيها الشفعة ويبطل استطراق المشتري فيها لأنه دخل على علم تضرره وهذا لا يصح لأنه لو علم هذا لم يرغب في الشراء بحالٍ، **والثالث**: تجب الشفعة وحق الاستطراق ثابت فيها بغير ملك ليزول الضرر عنهما، وعلى هذا الوجه لو باع داراً ليس لها طريق كان البيع باطلاً وعلى قول ابن أبي هريرة يجوز وهذا ضعيف أيضاً لأنه يستحيل أن ينتقل الملك إلى الشفيع [٨٨/أ] ويستحق عليه الاستطراق وإذا استحق ذلك

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٣).

لا يحصل مقصوده بالأخذ بالشفعة، وقال القاضي الطبري: لو قال الشفيع: أنا آخذه وأقر له حق التطرق فيه كان ذلك له بشرط أن يكون حق التطرق لازماً لا يجوز له الرجوع فيه.

فرع آخر

إذا قلنا بالوجه الثالث: فأخذ الحصة من العرصة بالشفعة واستحق المشتري الاستطراق إلى داره في العرصة نظر في أخذ الحصة، فإن أخذها جميع الشركاء في العرصة فله حق الاستطراق على جميعهم حتى لو اقتسموا كان له أن يستطرق حصة من شاء منهم، وإن أخذ الحصة أحدهم فيه وجهان **أحدهما**: أنه يستحق الاستطراق في حصة الأخذ منه بالشفعة دون غيره من الشركاء حتى لو اقتسموا لم يكن له استطراق حصة غيره لأن طريق الدار في حصته، **والثاني**: يستحق الاستطراق على جميعهم لأن حقه منفعة شائعة في جميع العرصة فلم تصح إجارتها بالقسمة.

فرع آخر

لو اتسعت العرصة عن استطراق الشركاء لو اقتسموا وكان نصفها لو اقتسموه كافياً لاستطراقهم فالشفعة في الفاضل عن استطراقهم واجبة وجهاً واحداً ولا يملك المشتري فيه استطراقاً وفي وجوبها على المستطرق ثلاثة أوجه على ما ذكرنا، واعلم أن الشافعي قال ها هنا: وأما عرصة الدار تكون محتملة للقسم وللقوم طريق إلى منازلهم فإذا بيع منها شيء ففيه الشفعة وصورة هذه العرصة أن تكون الأرض الفضاء المملوكة للشركاء فلما اقتسموها لبناء المنازل تركوا في وسطها عرصة تكون لهم سكة واسعة كالرحبة يتطرقون منها إلى منازلهم، فإن كانت هذه الرحبة بحيث تحتمل القسمة فباع بعضهم حصته منها تثبت الشفعة للشركاء في الحصة المبيعة لأنها حصة شائعة في عقارٍ مملوكٍ محتمل للقسمة، وإن كانت هذه العرصة [٨٨/ب] متضايقة بحيث لا تحتمل القسمة فباع بعضهم حصته فلا شفعة وبيان العرصة التي تحتمل القسمة والتي لا تحتملها هي أن تكون بحيث لو قسمت بقي للقوم طريق إلى منازلهم ولفظ الشافعي ها هنا مشكل لأنه قال: تكون محتملة للقسم وللقوم طريق إلى منازلهم ومعناه بعد القسم طريق إلى منازلهم والواو واو الحال، ولو كان يريد صفتها قبل القسم لكان يقول: وللقوم طريقاً إلى منازلهم خيراً لقوله: تكون محتملةً للقسم.

مسألة(١): قال: «ولولي اليتيمِ وأبي الصَّبيِّ أن يَأخُذا بالشفعةِ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا ثبتت الشفعة للصبي وهو في حجر الأب أو الجد أو الوصي أو القيّم من جهة الحاكم فإن لمن يليه أن يأخذ الشفعة له ثم لا يخلو إما أن يكون الحظ

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٤).

في الأخذ أو في الترك، فإن كان في الأخذ فعليه الأخذ وإذا أخذه ملكه المولى عليه فإن عفا فقد فعل ما لا يجوز له فعله ولا يصح العفو وللصبي الأخذ بالشفعة إذا بلغ وهل يكون على الفور مع الإمكان أو على التراخي؟ على ما بيناه وبه قال محمد وزفر.

وقال أبو حنيفة: يصح عفوه ولا يثبت له بعد البلوغ لأن من ملك الأخذ ملك العفو وهذا غلط لأنه إسقاط حق للمولى عليه لا حظ له فيه فلم يصح كالإبراء وإسقاط الرد بالعيب، وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز للوليّ أن يأخذ الشفعة لليتيم أصلاً لأنها موقوفة على شهوات النفوس ولأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ ولا ينتظر لأن فيه إضراراً بالمشتري فبطلت، وقال الأوزاعي: تثبت الشفعة وليس للولي أن يأخذها بل يتأخر إلى البلوغ وهذا غلط لأنه خيارٌ ثبت لدفع الضرر عن المال فملكه الولي في حق الصبي كخيار الرد بالعيب وليس كالعفو لأنه إسقاط وهذا توفير فهو كما يملك استيفاء الدين ولا يملك الإبراء عنه [٨٩/أ].

واحتج الأوزاعي بالقصاص لا يستوفيه الولي ويؤخر استيفاؤه إلى ما بعد البلوغ، قلنا: المقصود من القصاص التشفي ودرك الغيظ ولا تدخل فيه النيابة وها هنا الغرض إزالة الضرر عن المال وتدخله النيابة فافترقا، ولو أخذ الشفعة له ثم بلغ فأراد الرد ليسترد الثمن ليس له ذلك، وإن كان الشقص عند البلوغ متراجع القيمة لأن الاعتبار بساعة الأخذ وكانت المصلحة في أخذه بالشفعة، وإن كان الحظ في الترك لا يجوز له الأخذ، فإن خالف وأخذ كان الأخذ باطلاً لا يملكه المولى عليه ولا الولي أيضاً لأنها تستحق بالشركة الموجودة حين البيع ولا شركة له بخلاف ما لو اشترى شيئاً للصبي لا غبطة له فيه يلزم الولي الشراء، وإن عفا الولي ها هنا وتركها هل يسقط بعفوه حتى إذا بلغ ليس له الأخذ المذهب أنه يسقط.

وحكى أبو إسحاق عن بعض أصحابنا أنه قال: لا يصح عفوه وللصبي الأخذ بالشفعة إذا بلغ لأنه ملك الآن ووجود معتبر في أخذ الولي لا في أخذ المالك وهذا غلط لأن أخذه صحيح عند الغبطة فعفوه صحيح عند الغبطة كالرد بالعيب والرضا به، وقيل: فيه قولان ذكره الربيع وغيره وهذا الثاني اختيار أبي إسحاق وبه قال زفر ومحمد وهذا غير مشهور وقد روى جابر أن النبي ﷺ قال: «الصبي على شفعته حتى يدرك فإن أدرك فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك».

فرع

لو استوى الحظ في الأخذ والترك ففي أخذ الولي ثلاثة أوجهٍ **أحدها**: لا يأخذ الشفعة ما لم يظهر له الحظ في أخذها، **والثاني**: يلزمه أخذها لأن الأخذ حظ ما لم يظهر ضرر، **والثالث**: أنه مخير بين أخذها وتركها لاستواء الحالين، فإذا قلنا: ليس له الأخذ فإذا بلغ هل له الأخذ وجهان.

فرع آخر

لو كان لجماعة أيتام [٨٩/ب] وصي واحد فباع لأحدهم شقصاً في شركة أحدهم كان له أخذه بالشفعة للآخر.

فرع آخر

لو كان حق الشفعة للوصي فيما باع لليتيم قال ابن الحداد: لا شفعة له لأنه متَّهم في نقصان ثمنه، فإن رفعه إلى الحاكم فباعه كان له الشفعة لأن التهمة قد زالت، ومن أصحابنا من قال: له الشفعة لأن الشفعة يستحقها على المشتري بعد صحة البيع حكاه ابن القفال في «التهذيب» ولو باع الأب أو الجدّ وله الشفعة كان له الأخذ بالشفعة لأنهما غير متهمين فيه.

فرع آخر

لو اشترى الوصيّ لليتيم شقصاً وله فيه الشفعة ليس له أخذه بالشفعة لأنه يوجب بذلك العهدة على اليتيم إن استحق ذلك، وفيه وجه آخر له أخذه بالشفعة لأنه لا تهمة فيه.

فرع آخر

لو كانت دار بين رجلين نصفين فوكَّل أحدهما الآخر ببيع نصفها الربع من نصيبه والربع من نصيب شريكه فباعه فللموكل أن يأخذ ربع شريكه بالشفعة. وهل للوكيل أن يأخذ ربع الموكل؟ الوجهان كما ذكرنا في الوصي قال ابن الحداد: لا شفعة للوكيل لمكان التهمة والوجه الثاني له الشفعة وهو اختيار ابن سريج، ومن أصحابنا من فرق بين الوكيل والوصي فقال: الوكيل ينوب عن حيّ جائز التصرف يقدر على استدراك ظلامته إن جر نفعاً إلى نفسه بخلاف الوصي في حق اليتيم.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو وكله بشراء شقصٍ فاشتراه الوكيل كانت له الشفعة ووافقه سائر أصحابنا، وقال أبو حنيفة: لا شفعة له بخلاف وكيل البائع وهذا بناء على أصله إن الملك ينتقل إلى ملك وكيل المشتري أولاً ثم ينتقل إلى الموكل وعندنا الفرق بينهما أن في الشراء لا تهمة لأن له أن يشتريه بأرخص ما يكون بخلاف البيع.

فرع آخر

لو خلف حملاً وشقصاً من دارٍ وأوصى إلى رجل بالقيام [٩٠/أ] في تركته والنظر لحمله فبيع الشقص من الدار في شركة الحمل ليس له أن يأخذ بالشفعة للحمل ما لم يضع لأنه لا يُدرى أحملٌ هو أو ريح، وإن كان حملاً لا يُدرى أحيّ أم ميت ذكراً أو أنثى، فيأخذ من التركة ما يخصه فإذا وضعته له الأخذ الآن ولا يسقط بالتأخير لأنه معذور.

فرع آخر

لو حجر على الحر بفلس فبيع في شركته ما تجب فيه الشفعة كان العفو والأخذ إليه ولا اعتراض للغرماء عليه لأنه تصرف في الذمة والتصرف في الذمة لا يدخل تحت الحجر.

فرع آخر

المكاتب يأخذ بالشفعة ولا اعتراض لسيده عليه إذا كان له فيه غبطة.

فرع آخر

لو اشترى المأذون نصف دارٍ ثم بيع باقيها في شركته كان له الأخذ بالشفعة، لأنه لما جاز له أن يشتريها ابتداء جاز له أخذها بالشفعة، فإن عفا عنها فلسيده إبطال عفوه وإن عفا السيد سقطت الشفعة وليس للمأذون الاعتراض عليه.

فرع آخر

لو كانت دار بين ثلاثة للواحد الربع، وللآخر الربع، وللثالث النصف فقارض صاحب الربع صاحب الربع الآخر على ألفٍ فاشترى المقارض من صاحب النصف نصف ما في يديه من مال القراض قال ابن سريج: لا شفعة في هذا المبيع لا للعامل ولا لرب المال لأنه اشترى لمال القراض وإن باع صاحب النصف ما بقي له منها وهو الربع من أجنبي كان المبيع مستحقاً بالشفعة أثلاثاً ثلثه للعامل بربعه، وثلثه لرب المال بربعه وثلثه لمال القراض بربعه لأن مال القراض بمنزلة شريك ثالث فيفرد له ثلث الشفعة.

فرع آخر

لو دفع إليه ألفاً قراضاً فاشترى به شقصاً يساوي ألفاً وكان رب المال هو الشفيع هل له أخذه بالشفعة أم لا؟ قال ابن سريج: فيه ثلاثة أقوال وأراد [٩٠/ب] ثلاثة أوجه:

أحدها: يأخذه من العامل برمته لا بالشفعة لأنه ملكه ولا فضل في المال يأخذه ويفسخ القراض.

والثاني: يأخذه بالشفعة وليس له أخذه بغير الشفعة لأن رب المال لا يملك أخذ مال القراض من يد العامل إلا ناضاً فيأخذه بالشفعة ها هنا ويدفع إليه ألفاً وقد نضَّ مال القراض، فإن شاء أقره قراضاً بحاله وإن شاء قبضه وفسخ القراض.

والثالث: ليس له أخذه بحالٍ لا بالشفعة ولا بحق القراض فعلى هذا إن باعه العامل من أجنبي هل لرب المال أخذه من الأجنبي بالشفعة؟ وجهان هذا إذا كان الشفيع رب المال، وإن كان العامل هو الشفيع وهو أن يشتري شقصاً في شركة نفسين نظر، فإن لم يكن في المال ربحٌ كان له أخذه بالشفعة لأنه وكيل المشتري له، فإن كان في المال ربحٌ فهي مبنية على القولين متى يملك حصته من الربح فإن قلنا: لا يملك بالظهور أخذ الكل بالشفعة ورد الفضل في مال القراض وإن قلنا: يملك بالظهور أخذ أصل المال

وحصة رب المال من الربح بالشفعة، وأما حصة نفسه قال ابن سريج: فيها ثلاثة أوجهٍ التي ذكرناها إذا كان رب المال هو الشفيع.

مسألة(١): قال: «وإن اشترى شَقصاً على أنَّهُمَا جميعاً بالخيارِ».

الفصل

وهذا كما قال: وقت وجوب الشفعة حين ينتقل ملك الشقص من مالكه إلى من ملكه منه بالعوض الذي ذكرناه فإذا اشترى شقصاً تثبت فيه الشفعة واشترط خيار الثلاث لا يخلو إما أن يشترط لهما أو للبائع دون المشتري أو المشتري دون البائع، فإن اشترط لهما أو للبائع وحده فالشفعة لا تثبت للشريك حتى تنقضي مدة الخيار أو يجبر البائع البيع لأن أخذ الشفيع بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار ولا سبيل له إلى إسقاطه، وإن كان الخيار للمشتري دون البائع فللشافعي في ملك المبيع [٩١/أ] في مدة الخيار أقوال فإن قلنا: الملك للبائع أو موقوف فلا شفعة له، وإن قلنا: الملك للمشتري هل للشفيع أن يأخذ منه بالشفعة؟

روى المزني عن الشافعي أن له الشفعة ونصَّ عليه في «الأم» لأن نفس الملك أقوى من حق الملك وللشفيع انتزاع نفس ملكه فكان له انتزاع حق ملكه وهذا اختيار المزني وهو قول أبي حنيفة، ونقل الربيع قولاً آخر أنه لا شفعة فيه حتى يتم البيع برضاه أو تمضي أيام الخيار، قال أبو إسحاق: ولعل هذا أصح القولين وهو اختيار القفال وبه قال مالك وأحمد فيكون أمر الشفعة موقوفاً فإن اختار إنفاذ البيع وانقضت أيام الخيار فالشفعة واجبة، وإن رده لم يكن فيه شفعة ولم يكن للشفيع أن يلزم المشتري ما لم يلزم المشتري نفسه وهذا لأنه إنما شرط الخيار لنفسه لينظر هل الحظ له في إتمام البيع وضمان العهدة للشفيع، أو في إبطاله وتركه فإذا جعلنا للشفيع أخذه بالشفعة بطل هذا الغرض له قال أبو إسحاق: ويخالف هذا الرد بالعيب لأن غرض المشتري من الرد استدراك الظُّلامة، ألا ترى أنه لو ارتفع العيب بطل الرد فإذا أعطاه الشفيع ما وزن من الثمن فقد زالت الظلامة عنه فلا غرض له في رده فيصير كأن العيب قد ارتفع.

فرع

لو قال المشتري: اشتريته بشرط الخيار، وقال الشفيع: من غير شرط الخيار، قال أبو حامد في «الجامع»: القول قول المشتري مع يمينه.

فرع آخر

لو ادعى البائع اشتراط خيار الثلاث وأنكره المشتري والشفيع قال أبو حنيفة وأبو يوسف: القول قول البائع ولا شفعة.

وقال محمد: القول قول المشتري وفيه الشفعة، وعندنا يتحالفان فإذا تحالفا ففي

(١) انظر الأم (٣/ ٥٤).

بطلان البيع وجهان، فإن قلنا: بطل البيع لا شفعة وإن قلنا: لا يبطل إلا بفسخ الحاكم قيل للمشتري: أنت بالخيار بين إمضاء البيع بخيار ثلاثة أيامٍ للبائع، وبين فسخه وخياره هذا على الفور [٩١/ب] لأنه خيار حكم فإن اختار المشتريُ فسخه بطل البيع ولا شفعة وليس للشفيع أن يجبر المشتري على إمضاء البيع بخيار الثلاث لأنه إجبار على التزام عقدٍ، وإن اختار المشتري إمضاء البيع بخيار الثلاث للبائع ثبت للبائع خيار الثلاث فإن اختار فيها فسخ البيع انفسخ ولا شفعة، وإن تم البيع استحق الشفعة.

فرع آخر

إذا شرط الخيار لهما وتم البيع له الشفعة على ما ذكرنا وبماذا يصير مالكاً لها ثلاثة أقوالٍ ولو انفسخ البيع بينهما إما بفسخ البائع وحده، أو بفسخ المشتري وحده لا شفعة وهل بطلت بعد أن وجبت لو لم يكن وجبت على الأقاويل الثلاثة.

فرع آخر

إذا ثبت الخيار في الشقص الذي يملك به الشفعة، فإن كان خيار عيب لا يمنع الشفعة لبقائه على ملك مشتريه ما لم يرده، وإن كان بخيار الرؤية لم يملك به الشفعة سواء قلنا بصحة البيع أو فساده لأنه لم يستقر ملكه وإن صح، وأما البائع فإن قلنا: ببطلان البيع يملك به الشفعة، وإن قلنا بصحة البيع هل يملك به البائع الشفعة؟ وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا في لزوم البيع في خيار الرؤية قبل وجود الرؤية، وأما خيار المجلس فلا يملك البائع فيه شفعةً بالشقص الذي في مجلس بيعه وخياره سواء قلنا: ملكه انتقل إلى المشتري بالعقد أو قلنا: لا ينتقل إلا بانقضاء الخيار لأنا إن قلنا بزوال ملكه لا شفعة له بما زال ملكه عنه، وإن قلنا ببقاء ملكه فبيعه رضاً منه بإسقاط شفعته.

وأما المشتري فإن فسخ العقد فلا شفعة له بما لم يستقر ملكه عليه وإن تم له البيع.

فإن قلنا: إنه لا ينتقل إليه الملك إلا بانقضاء الخيار فلا شفعة له لأنه كان غير مالك.

وإن قلنا: ينتقل الملك إليه بالعقد أو قلنا مراعًى ففي استحقاق الشفعة به وجهان: **أحدهما**: له الشفعة لدخوله في ملكه. **والثاني**: لا شفعة له به لأن ملكه غير مستقر لا يجوز أن يعارض [٩٢/أ] عليه فلم يجز أن يملك به، وأما خيار الثلاث فإن كان لهما فحكمه حكم خيار المجلس وكذا إن كان الخيار للمشتري وحده، وإن كان الخيار للبائع وحده فيه ثلاثة أوجهٍ: **أحدها**: لا شفعة لواحد منهما أما البائع فلِما في بيعه من الرضا بإسقاط حقه، وأما المشتري فلعدم ملكه أو لعدم استقراره. **والثاني**: أنها للبائع لأن في اشتراطه الخيار لنفسه تمسكاً بما تعلق به من حقوقه، **والثالث**: أنه موقوف فإن تم البيع فالشفعة للبائع اعتباراً بما يُفضي إليه أحوالهما.

مسألة(١): قال: «ولو كان مع الشقصِ عَرَضٌ والثمنُ واحدٌ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى شقصاً وسيفاً أو عبداً وشقصاً أو عرضاً وشقصاً صفقةً واحدةً كان للشفيع الشفعة بحصته من الثمن ولا حق له فيما بيع معه ولا خيار للمشتري، وإن تبعَّضت الصفقة عليه لأنه دخل على بصيرة من الأمر فيقوَّم الشقص والسيف ويُقسَّط الثمن عليهما فيؤخذ بالحصة، فإن كان الثمن ثلاثمائةٍ وقيمة السيف عشرةً وقيمة الشقص عشرين كان الشقص بثلثي الثمن والسيف بثلثه فيكون الشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بمائتين أو يدع، وإن كانت قيمة الشقص عشرة وقيمة السيف عشرين كان الشقص مبيعاً بثلث الثمن وعلى هذا القياس وقد ذكرنا قول مالك فيه.

فرع

لو باع شقصين من أرضين أو دارين، فإن كان شفيع **أحدهما**: غير شفيع الآخر كان لكل واحدٍ منهما أخذ الشقص الذي له فيه حق الشفعة، وإن أدى إلى تبعيض الصفقة ويكون جمعه بينهما في صفقةٍ واحدة رضاً منه بالتبعيض ولأنه أخذ جميع ما وجب له بالشفعة فكان ذلك له، وإن كان شفيعهما واحداً فإنَّ **أحدهما**: كان له وإن أراد أن يأخذ **أحدهما**: ويترك الآخر فالذي نصّ عليه الشافعي أن له ذلك كما يكون ذلك للشفيعين ولأنه أخذ بالشفعة جميع ما بيع في شركته كما لو كان كل المبيع، وخرّج [٩٢/ب] بعض أصحابنا فيه قول آخر أنه لا يجوز لأن فيه تبعيض الصفقة على المشتري من غير رضاه.

مسألة(٢): قال: «وعهدةُ المشتري على البائعِ، وعهدةُ الشَّفيعِ على المشتري».

وهذا كما قال: إذا سلم المشتري ثمن الشقص إلى البائع وقبض الشقص فجاء الشفيع وأخذ من المشتري ثم استحق الشقص رجع الشفيع بالعهدة على المشتري، ورجع المشتري على البائع لأن الشفيع ملكه عن المشتري وملكه المشتري عن البائع وهذا معنى قول الشافعي: عهدة المشتري على البائع وعهدة الشفيع على المشتري، وإن لم يكن المشتري قبض الشقص من البائع وقلنا: للشفيع أن يأخذه من يد البائع فأخذه يصير في الحكم كأنه أخذه من المشتري وتكون عهدته على المشتري أيضاً وبه قال مالك وأبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد.

وقال محمد: إن أخذ من يد المشتري رجع بالعهدة عليه، وإن أخذ من يد البائع رجع بالعهدة عليه، وحكي هذا عن أبي حنيفة، وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي: يرجع بالعهدة على البائع بكل حال وهذا غلط لأنه استفاد الملك من جهته فعليه عهدته، وإن كان مستغنياً عن عقدٍ يستأنفه ولهذا لو أراد البائع تسليم الشقص إلى الشفيع دون

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٤).
(٢) انظر الأم (٣/ ٥٤).

المشتري فليس له ذلك لأن المشتري هو الذي استحق على البائع الملك بالعقد.

فرع

لو اشترى شقصاً على أن المشتري بالخيار ثم أسقط المشتري خياره ثم أراد الشفيع الأخذ بالشفعة هل يأخذه في الحال قبل انقضاء الخيار المشروط له أو له التأخير إلى انقضائه؟ قال والدي رحمه الله: هذا مبني على ثبوت الشفعة فيه قبل إسقاط الخيار، فإن قلنا: لا يثبت فعلى هذا إذا انقطع الخيار يلزم المشتري تعجيل الأخذ لأن الشفعة على الفور، وإن قلنا: تثبت الشفعة له قبل انقضاء الخيار وهو الأصح يحتمل أن يقال: لا يلزمه التعجيل كما لو اشترى شقصاً بثمن مؤجل [٩٣/أ] لا يلزم الشفيع تعجيل الأخذ وله التربُّص إلى انقضاء الأجل، وإن سقط الأجل قبله بموته ويحتمل أن يقال: لا بد من التعجيل، والفرق أن الثمن المعجل أزيد من الثمن المؤجل وهذا المعنى لا يوجد ها هنا.

باب

قال المزني: هذه مسائل أجبت فيها على معنى قول الشافعي رحمة الله عليه.

مسألة(١): قال: «وإذا تبرَّأ البائعُ من عيوبِ الشفعةِ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا باع شقصاً واشترط البراءة من العيوب كان البيع جائزاً على ما اختاره المزني وقد ذكرنا حكم هذه المسألة في كتاب البيع وقيل: لم يرد أنه باع بشرط البراءة، ولكنه أراد أنه اشتراه وهو عالم بعيوبه أو كان غير عالم فعلم ورضي به وأصل الباب في هذا أن الشفيع بمنزلة المشتري الثاني من الأول لأنهً يأخذ منه بالثمن وإنما يفترقان في شيئين **أحدهما**: أن الشفيع ينتزعه من المشتري بغير اختياره بخلاف المشتري الثاني، **والثاني**: أن الشفيع يأخذه بالثمن الذي ملك به المشتري والمشتري الثاني يملكه بما يتفقان عليه من الثمن، فإذا ثبت هذا الأصل فاشترى الشقص وأخذه الشفيع منه وكان الشقص معيباً لم يخل من أربعة أحوالٍ، إما أن يكون المشتري والشفيع جاهلين بالعيب أو عالمين به أو يكون المشتري جاهلاً به دون الشفيع، أو الشفيع عالماً به دون المشتري، فإن كانا جاهلين به كان للشفيع رده على المشتري فإذا رده إليه كان المشتري بالخيار بين أن يرده على البائع أو يمسكه، وإن كانا عالمين به استقر الشراء والأخذ بالشفعة معاً، وإن كان المشتري جاهلاً دون الشفيع سقط رد الشفيع ولا يملك المشتري رده لأنه خرج عن يده ولا يطالب بالأرش لأنه استدرك ظلامته وقيل: لأنه لم ييأس من الرد فإن عاد إلى المشتري بوجهٍ من وجوه الملك هل له رده على البائع؟ وجهان مبنيان على [٩٣/ب] اختلاف التعليلين فإن قلنا بالعلة

(١) انظر الأم (٣/ ٥٥).

الأولى لا يرد وإن قلنا بالعلة الثانية يرد، واعلم أن المزني ذكر أنه فرع هذه المسألة وهي منصوصة عن الشافعي في القديم ورواها عن عليّ رضي الله عنه.

فرع

لو ادعى المشتري علم الشفيع بعيبه عند أخذه وأنكر الشفيع فشهد البائع عليه بعلمه، فإن كان برئ إلى المشتري من عيبه تقبل شهادته لأنه لا يدفع بها عن نفسه. وإن لم يبرأ إليه من عيبه لا تقبل لأنه يدفع بها عن نفسه.

فرع آخر

لو ظهر المشتري على عيبٍ في الشقص فأمسك عن رده انتظاراً للشفيع، فإن كان الشفيع غائباً لم يلزمه انتظاره وبطل بالإمساك خياره لأن حضور الشفيع مع تعلق حقه بالشقص عذر في الإمساك ولا يكون عذراً إن كان غائباً.

مسألة[1]: قال: «وإنْ كانَ المشتري اشترَاهَا بدنانير بأعيانِها ثمَّ أخذَهَا الشَّفيعُ بوزنِها فاستُحِقَّتْ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى شقصاً بدنانير وأخذ الشفيع بوزنها ثم استحقت الدنانير لا يخلو إما إن استحقت دنانير الشفيع أو دنانير المشتري، فإن استحقت دنانير المشتري لا يخلو إما أن تكون معيَّنة أو غير معينة فإن كانت معينة انفسخ العقد وبطلت الشفعة لأن الدنانير تتعيَّن بالتعين عندنا خلافاً لأبي حنيفة فإذا كانت مستحقةً كان البيع باطلاً والشفعة تبطل أيضاً لأنها تُستفاد ببيع صحيح وهذا بيعٌ باطلٌ، وإن كانت في الذمة كان البيع صحيحاً والشفعة ثابتة على المشتري بدلها للبائع، وإن استحقت دنانير الشفيع فإن كان الشفيع عالماً بأن الدنانير التي وزنها مغصوبة هل تبطل شفعته؟ وجهان **أحدهما**: تبطل لأنه لما أخذه بما لا يجوز أخذه كان مفرطاً وهذا هو الصحيح، واختاره الداركي وجماعة، **والثاني**: لا تبطل لأن الشفيع لا يتعلق بالنقد الذي دفعه إليه وإنما استحق أخذه بمثل ما وزن [٩٤/أ] المشتري، فإذا خرج ما أعطاه مستحقاً أعطاه بدل الذي ثبت في ذمته عند المطالبة وإن لم يعلم لا تبطل شفعته، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان أخذ بدنانير معينة فيه وجهان علم أو لم يعلم، وإن كان أخذ بثمنٍ في الذمة ثم عين المغصوبة لا يبطل وجهاً واحداً، وإن كان عالماً وقيل: عيّن أو لم يعيّن لا يبطل شفعته وجهاً واحداً وهذا اختيار المزني والقفال لأن الشفعة يصح أخذها وطلبها دون ذكر الثمن فلا معنى لتعيينه.

فرع

إذا قال الشفيع: أخذت الشفعة بهذه الدنانير فيه وجهان **أحدهما**: قال أبو إسحاق

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٥).

وابن أبي هريرة: لا يتعين لأنه تملكها استحقاقاً فعلى هذا له أن يأتي ببدلها وهو على شفعته فإن أعسر بطلت شفعته، **والثاني**: حكاه أبو حامد تتعين لأنها ملحقة بعقد البيع لاستحقاق الثمن فيها فعلى هذا قد صار بتعينها مبطلاً لشفعته بغيرها.

مسألة[(١)]: قال: «ولو حطَّ البائعُ عنِ المشتري بعدَ التَّفرُقِ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا حطَّ البائع عن المشتري بعض الثمن أو كله، فإن كان بعد التفرق فهو هبة من البائع للمشتري ولا يجب على المشتري أن يحطه عن الشفيع، وكذلك إن زاد في الثمن بعد التفرق لم يلحق بالعقد وأخذ الشفيع بالثمن الأول، وإن كان الحط أو الزيادة قبل التفرق فالمذهب أنه يلحق العقد، لأن الثمن لم يستقر بعد فكان الاعتبار بالثمن الذي يفترقان عليه، وقيل: فيه وجه آخر لا يلحق أصل العقد إذا قلنا: الملك للمشتري، وإذا لحق أصل العقد لزم في حق الشفيع، وقال أبو حنيفة: إن حطَّ البعض لحق العقد ولزم في حق الشفيع، وإن حط الكل فلا يلحق أصل العقد ولا يلزم في حق الشفيع قال: والزيادة لا تلزم الشفيع أصلاً وإن لحق العقد، وقال ابن أبي ليلى: يلحق حط بعض الثمن أصل العقد ولا يحط عن الشفيع، وإن كان قبل التفرق، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا حط الثمن قبل التفرق هل يبطل البيع؟ وجهان **أحدهما**: يبطل لأنه خلا عن الثمن، **والثاني**: [٩٤/ب] لا يبطل ويكون كالإبراء ثم هل يكون بيعاً أو هبةً؟ وجهان فإن قلنا: هبة لا شفعة، وإن قلنا: بيع تثبت الشفعة.

فرع

إذا أخذ المشتري من البائع أرش العيب لتعذر الرد أو صالح البائع على الأرش وقلنا: يجوز في أحد الوجهين بأخذ الشفيع بالباقي من الثمن بعد الأرش لأنه حطَّ باستحقاقٍ لفقد جزء من المبيع بخلاف الحط تبرُّعاً.

مسألة[(٢)]: قال: «ولو ادعَى عليهِ أنهُ اشترَى شقْصَاً له فيه شفعةٌ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا ادعى رجل على رجل أنه اشترى شقصاً وله فيه شفعة، فإن هذه الدعوى تسمع إذا كانت محصورة وحصرها أن يقول: اشترى كذا وكذا سهماً من الدار أو الضيعة التي موضعها في موضع كذا وحدودها كذا من فلان ابن فلان بكذا وكذا درهماً وأنا أستحقه بالشفعة، فإذا بيَّن الدعوى على هذا الوجه سمعها الحاكم وطالب المدعى عليه بالجواب قال: فإن أقرَّ سلمه إليه بالثمن الذي وقع العقد عليه، وإن أنكر وقال: ما اشتريته وإنما رهنتنيه أو وهبه لي أو ورثته أو اشتريته قبل شراء هذا المدعي لنصيبه أو قال: اشتريته ولكنه لا يستحق عليّ بالشفعة فهذه كلها أجوبة صحيحة ويكون

(١) انظر الأم (٣/ ٥٥).

(٢) انظر الأم (٣/ ٥٥).

القول قوله مع يمينه وعلى المدعي البينة كما نقول في سائر الدعاوى فإذا قامت البينة ثبت ما ادعاه وأخذه بالشفعة، وإن لم يكن له بينة فإنا نعرض اليمين على المدعى عليه ويحلف على حسب ما وقعت الدعوى والإنكار، فإذا ادعى أنه اشتراه وأنكر حلف أنه لم يشتره وسقطت الدعوى.

ومن أصحابنا من قال: يحلّفه على أنه لا يستحق عليه بالشفعة ولا يحلف على أنه اشتراه لأن الشفعة هي المقصودة بالدعوى، ومن قال بالأول أجاب عن هذا وقال: هذا احتياطٌ بارد من الحاكم لأن المدعى عليه لما أنكر الشراء وأجابه به [٩٥/أ] وسمعَ ذلك دل على أنه يمكنه أن يحلف عليه، وإن قال: اشتراه بعدي وأجاب بأني اشتريته قبله حلف أنه اشتراه قبله وإن قال: أستحقه عليه بالشفعة وقال: لا شفعة لك حلف أنه لا يستحقه بالشفعة، ولو قال المدعي: اشتريت شقصاً ولي فيه الشفعة، وقال في الجواب: لا شفعة لك فيه أو لا يستحقه بالشفعة حلف أنه لا شفعة له فيه ولا يحلفه أنه ما اشتراه لأنه قد يشتريه في شفعته ثم تبطل شفعته، فلو حلَّفناه على أنه ما اشتراه ظلمناه وإن نكل عن اليمين رد اليمين على المدعي، فإذا حلف حكمنا له بالشقص وينظر في تحليفه، فإن كان أنكر الشفعة أنه لا يستحقها عليَّ حلف أنه يستحقها عليه بالشراء الذي ادعاه، وإن كان أنكر الشراء حلف الشفيع أنه لقد اشتراه وهل يلزمه أن يقول في يمينه فإنه يستحق الشفعة فيه أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه وهو اختيار أبي إسحاق، وإن أحلفه الحاكم عليه كان استحباباً لأن هذا من حقوق المالك فما لم يطالب به لم يلزم.

والثاني: أنه لازم لأن نقل الأملاك لا يجوز بالأمر المحتمل وقد يجوز أن يكون عفا بعد الشراء، ثم إذا حكم له بالشفعة ففي الثمن ثلاثة أوجهٍ **أحدها**: يؤخذ منه ويدفع إلى المالك لئلا يؤخذ الشقص من يده بغير بدلٍ فإن امتنع يقال له: إما أن تقبض أو تبرأ، **والثاني**: أنه يوضع في بيت المال ما لم يدعه المالك ثمناً، فإذا ادعاه دفع إليه، **والثالث**: يقر في ذمة الشفيع ما لم يأت المالك مطالباً.

وإن قال في جوابه: اشتريته لزيدٍ، فإن كان زيد حاضراً أحضر مجلس الحكم وسئل عنه فإن صدقه أخذ منه بالشفعة وإن كذبه فإن البيع قد لزم المدعى عليه ويأخذ الشفيع منه، وإن كان زيد غائباً فإن الحاكم يأخذ الشقص من المدعى عليه بالثمن الذي وقع العقد عليه ويسلمه إلى الشفيع [٩٥/ب] وسجل به سجلاً، ويُحكى فيه صورة الحال على وجهها وأن زيداً على حجته إذا قدم فإذا قدم كانت الخصومة بينه وبين الشفيع على حسب ما بيناه لأنا لو قلنا: يتوقف إلى حضوره أدى إلى إسقاط الشفعة لأن أحداً لا يعجز عن مثل هذا الإقرار.

وإن قال صاحب اليد: هذا الشقص لفلان ينظر، فإن كان المقر له غائباً لم يكن للشفيع فيه الشفعة إلى أن يقدم الغائب فيسأل عن جهة الملك، فإن كان مما تجب به الشفعة حكم بها، وإن كان مما لا تجب به الشفعة لم يحكم بها وأما الذي في يده

الشقص فلا يطالب ببيان جهة الملك للغائب بعد إقراره بأن الشيء لغيره فإن إقراره فيه غير مقبولٍ.

وقال في «الحاوي»[١]: قال البغداديون من أصحابنا: صورة المسألة في شقصٍ مشتركٍ انتقل الملك إلى رجل فقال الشفيع: انتقل إليك بالبيع، وقال المالك: ملكته بهبةٍ وقد ذكرنا حكمها، وقال البصريون: وهو الأشبه صورة المسألة في أن صاحب اليد في الشقص المشترك قال عند ادعاء الشفعة عليه لنا وكيل الغائب فيه ولم أملكه عنه فيكون القول قوله لليد والإنكار فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين ردت اليمين على الشفيع، فإن حلف حكم له بالشفعة ولا يكون ذلك حكماً على الغائب بنقل ملكه إلى الشفيع وإنما يكون رفعاً ليد الحاضر.

ثم في الثمن وجهان: **أحدهما**: يوضع في بيت المال حتى يحضر الغائب، **والثاني**: يقر في ذمة الشفيع إلى قدوم الغائب ويمكن من التصرف في الشقص بما لا يؤدي إلى استهلاكه، وإن باعه لم يمنع من بيعه لأن الغائب على حقه فيه مع بقاء عينه وهل يؤخذ بكفيل فيما حصل له عليه؟ وجهان **أحدهما**: يؤخذ به حفظاً لحق الغائب، **والثاني**: لا يؤخذ به لأننا على غير يقين من استحقاقه.

ولو قال في جواب الدعوى الأول: اشتريته لابني الطفل [٩٦/أ] أو الأجنبي طفل لي عليه ولاية تثبت الشفعة له على الصحيح من المذهب لأن شراء الولي لمن يلي عليه صحيح كشرائه لنفسه وقوله فيه مقبول.

ومن أصحابنا من قال: لا تثبت الشفعة لأن هذا إقرار يثبت به حق في مال الطفل ولا يقبل إقرار الأب والولي على الطفل بما يوجب حقاً في ماله فإذا كان كذلك لم تثبت الشفعة وهذا ضعيف، ولو قال: ليس هذا بشريك فعليه إقامة البينة على الشركة والقول قول المشتري مع يمينه ويحلف أنه لا يعلم أن له شركة لأنه يحلف على نفي فعل الغير، وإن نكل عن اليمين رددناها إلى الشفيع ويحلف على البتّ أن له شركة في هذه الدار أو في هذه الضيعة.

مسألة[٢]: قال: «ولوْ أقامَ الشفيعُ البينةَ أنهُ اشتراهَا من فلانٍ الغائبِ بألفِ درهمٍ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت الدار في يد رجلين يد كل واحد منهما على نصفها فقال أحدهما لصاحبه: هذا النصف الذي في يديك قد اشتريته أنت من فلان الغائب بألفٍ ولي الشفعة وأقام بذلك بينةً فقال له صاحبه: ما باعنيها الغائب بل أودعنيها فهي في يدي وديعة له وأقام بذلك بينةً نظر، فإن كانت البينتان مطلقتين أو مطلقة ومؤرخة قدمنا بينة الشفيع لأنها أثبت شراء وأوجب شفعة وبينة الإيداع لا تمنع الشراء، وكيف يعمل

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/٢٢٨، ٢٨٩). (٢) انظر الأم (٣/٥٦).

بالثمن؟ على ما ذكرنا من الأوجه الثلاثة، وإن كانتا مؤرختين بوقتٍ واحدٍ كانتا متعارضتين، وإن كانتا مؤرختين بوقتين مختلفين، فإن كانت الوديعة سابقة فإن بينة البيع لا تعارض بينة الوديعة، وإن كان البيع سابقاً فكذلك لجواز أن يكون قد اشتراه ثم غصبه البائع عليه ثم رده إليه بلفظ الإيداع أو باعه النصف فأمسكه البائع لاستيفاء الثمن فيعذر عليه إيفاء الثمن فقال البائع: خذه وديعة عندك حتى إذا سلمت الثمن قبضته بعد ذلك قبض مبيع ولأن البيع ينافي الوديعة فكانت بينة البيع أولى، وهكذا إذا قال في الجواب: هو رهن أو إجارة [٩٦/ب] أو عارية كان الحكم على ما ذكرناه في الوديعة، ولو كانت المسألة بحالها فأقام الشفيع البينة بالشراء من فلان الغائب بألفٍ وأقام المدعى عليه البينة أنه ورثها من فلان الغائب فهما متعارضتان إذا كان التاريخ واحداً لأن الميراث يمنع الشراء، فإذا قلنا: يسقطان فكأنه لا بينة مع واحدٍ منهما.

وإن قلنا: يستعملان فله موضع يذكر فيه. وفرع أبو العباس ها هنا فقال: فإن كانت بحالها فادعى أحدهما: أن الذي هي في يديه اشتراها من زيد الغائب بألفٍ وأقام بذلك بينةً وأقام من هي في يديه البينة أن عمراً الغائب أودعنيها، وأنه أودعني ما هو ملكه وكانت بينة الشراء مطلقة قدمت ببينة الإيداع ها هنا وسقطت بينة الشراء وتقر في يد من هي في يديه وكتب إلى عمرٍو في ذلك فإن قال: صدق والشقص لي في يديه سقطت الشفعة والشيء وديعة على ما هي عليه، وإن عاد الجواب من عمرٍو ما أودعته ولا حق لي فيها قضينا للمدعي ببينة الشراء وسلمنا الشقص إليه ويكون معترفاً بالثمن لمن لا يدعيه عليه وقد مضى حكمه، فإن كانت بحالها ولم تكن هكذا ولكن شهدت بينة الشفيع بأن زيداً باعه وهي ملكه وكانت بينة الإيداع مطلقة قدمنا ببينة الشراء وحكمنا عليه بالشفعة ولم يراسل ها هنا زيد بشيء لأنه لو أنكر الشراء لم يلتفت إليه.

مسألة(١): قال: «ولوْ أنَّ رجلينِ باعَا منْ رجلٍ شِقصاً فقالَ الشفيعُ: أنا آخذ ما باع فلان».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت الدار بين ثلاثة نفرٍ أثلاثاً فباع اثنان منهم نصيبهما من رجلٍ واحدٍ وكان المشتري واحداً والبائع اثنين فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الكل منه، أو يدع الكل أو يأخذ ما باع أحدهما دون الآخر وهكذا إن كان البائع واحداً والمشتري اثنين فللشفيع أن يأخذ ما باع أحدهما دون الآخر لأن عقد الواحد مع الاثنين في حكم العقدين المفردين.

وقال أبو حنيفة: يجوز [٩٧/أ] هذا بعد القبض ولا يجوز قبله وهذا غلط لأنهما مشتريان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما لو كان بعد القبض في روايةٍ، وقال

(١) انظر الأم (٣/ ٥٦).

أيضاً في المسألة الأولى لا يفرق الشفيع الصفقة على المشتري وليس له أن يأخذ ما باع أحدهما دون الآخر، وبه قال مالك، وهذا غلط لأن البائع اثنان فأشبه إذا باعا بعقدين، ولو كانت المسألة بحالها فباع اثنان نصيبهما من رجلين صفقةً واحدةً فهي بمنزلة أربعة عقودٍ فالشفيع بالخيار بين أن يدع الكل أو يأخذ الكل أو يأخذ من بعضهم دون بعضٍ كيف شاء، كما لو باع واحدٌ منهم نصيبه من رجل واحدٍ في أربعة عقودٍ في كل عقدٍ ربع ملكه كان الشفيع بالخيار على ما ذكرته.

فرعان لأبي العباس رحمه الله **أحدهما**: قال: لو كانت دار بين ثلاثةٍ أثلاثاً فباع أحدهم نصيبه من ثلاثة أنفسٍ صفقةً واحدةً كان للشفيع أن يأخذ الكل وأن يأخذ من بعضهم دون بعضٍ فإن أخذ من واحدٍ وعفا عن الآخرين كان ذلك له وليس للذين عفا عنهما مشاركة الشفيع فيما أخذ من الثالث لأن ملك البائع انتقل إلى الثلاثة دفعةً واحدةً في زمانٍ واحدٍ لم يسبق بعضهم بعضاً، فهو كما لو اشترى اثنان داراً صفقةً ملك كل واحدٍ نصفها وليس لأحدهما مطالبة شريكه بالشفعة لأن ملك أحدهما ما سبق الآخر.

والفرع الثاني: قال: لو كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من ثلاثة أنفسٍ في ثلاثة عقودٍ عقداً بعد عقدٍ ثم علم الشفيع بالشفعة كان له أخذ الكل وبعضٍ دون بعضٍ فإن أخذ من الأول وعفا عمن بعده لم يكن لمن بعده مشاركته في الشفعة لأنهما ملكا بعد وجوب الشفعة، وإن أخذ من الثاني لم يشارك الثالث أيضاً وإن أخذ من الثالث وعفا عن الأول، والثاني كان لهما مشاركته في الشفعة، فإذا شاركاه فهل يستحقان على عدد الرؤوس أو الأنصباء على القولين.

فرع آخر

لو كانت دار بين أربعة لكل واحدٍ منهم ربعها [٩٧/ب] فباع ثلاثة منهم نصيبهم منها لم يخل من أحد أمرين إما أن يبيعوا من ثلاثة نفرٍ، أو من واحدٍ فإن باعوا من ثلاثةٍ لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون الكل في زمانٍ واحدٍ أو كل واحدٍ على الانفراد لم يسبق بعضهم بعضاً فالشفيع بالخيار على ما ذكرنا، وإن كان البيع من واحدٍ بعد واحدٍ فله أخذ الكل وترك الكل من بعضٍ دون بعضٍ فإن أخذ من بعضٍ دون بعضٍ نظر، فإن أخذ من الأول وعفا عن الثاني والثالث لم يشاركاه في الشفعة وإن أخذ من الثالث وعفا عن الأولين كان لهما مشاركته في الشفعة، وإن باعوا نصيبهم من واحدٍ لم يخل من أحد أمرين إما أن يكون صفقةً واحدةً، أو عقداً بعد عقدٍ، فإن كان صفقةً واحدةً كان له أن يأخذ الكل ويدع الكل ويأخذ البعض ويدع البعض فإن أخذ الكل أو ترك الكل فلا كلام، وإن أخذ بعضاً دون بعضٍ انفرد به ولم يشاركه المشتري فيما أخذ لأن الملك في زمانٍ واحدٍ، وإن كان عقداً بعد عقدٍ فقد ملك المشتري ثلاثة أرباعها في ثلاثة عقودٍ فللشفيع أخذ بعضها دون بعض فإن أخذ الأول أو الأول والثاني لم يشاركه المشتري فيما أخذ وإن عفا عن الأول، والثاني وأخذ الثالث، فالمشتري شفيع فهل

يستحق الشفعة فيما ملكه من الربع الثالث؟ على وجهين على مذهب المزني وابن سريج له الشفعة.

ومن أصحابنا من قال: لا شفعة له فإذا قلنا: لا شفعة له لأنه لا يملك الشفعة فيما اشتراه لنفسه كان للشفيع كل الربع الثالث بالشفعة، وإذا قلنا: للمشتري الشفعة فله الربعان الأولان وللشفيع في الدار ربعها والمستحق بالشفعة الربع الرابع فكيف يقسم بينهما؟ على قولين فإذا قلنا: على عدد الرؤوس كان الربع بينهما نصفين، وإذا قلنا: على قدر الأنصباء كان الربع بينهما على الثلث والثلثين ثلثاه للمشتري وثلثه للشفيع.

فرع آخر

لو كانت الدار بين ثلاثة فوكل [٩٨/أ] أحدهم لواحدٍ منهم فباع نصيبه ونصيب موكله صفقةً واحدةً كان للثالث الشفعة وهل له أن يأخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ وجهان **أحدهما**: له ذلك لأن المالك اثنان فهو كما لو توليا العقد، **والثاني**: ليس له ذلك لأن العاقد واحدٌ في الطريق.

مسألة[1]: قال: «ولوْ زعمَ المشتري أنهُ اشتراهَا بألف درهمٍ فأخذهَا الشفيعُ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا زعم المشتري أنه اشتراه بألفٍ فادعى البائع أنه باعه بألفين وأقام على ذلك بينةً يلزم المشتري للبائع ألفان ولم يكن للمشتري أن يأخذ من الشفيع إلا ألفاً واحداً لأنه يزعم أن الألف الثاني ظلم من جهة البائع فلا يرجع بالظلم إلا على الظالم، ولو قال المشتري: كنت نسيت وقد تذكرت الآن لم يقبل رجوعه عنه في حق الشفيع، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: المشتري يطلب الشفيع بألفين لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة فقد أبطل إقراره وهذا غلط لما ذكرنا، وحكي عنه أنه قال: إن كان الشفيع أخذ الشقص من يد البائع حكم بها على الشفيع دون المشتري، وإن كان أخذه من يد المشتري حكم بها على المشتري بناء على أصله في عهدة المبيع.

فرع

لو كان هذا المشتري عقد الشراء بنفسه ليس له إحلاف الشفيع إذا قال: غلطت والبائع صادق في دعوى البيع بألفين، وإن كان اشترى بالوكيل ففي إحلاف الشفيع وجهان **أحدهما**: له ذلك لإمكان ما قاله، **والثاني**: ليس له ذلك كما لو تولى عقده.

فرع آخر

لو لم يكن للبائع بينة على المشتري يتحالفان، وقال أبو حنيفة: القول قول المشتري مع يمينه بناءً على أصله أنه صار مستهلكاً بالأخذ بالشفعة ولا يثبت التحالف بعد التلف.

---

(١) انظر الأم (٣/٥٧).

فرع آخر

لو كان الشفيع مصدّقاً للبائع جاز أن يشهد له على المشتري إن كان عدلاً لأنه يستضر بها ولا ينتفع وليس للمشتري أن يرجع بها على الشفيع إذا غرمها لأنه لا يدَّعيها، وإن تعذر غرم المشتري لها بعيبه أو عسرة فهل يستحق البائع أخذها من الشفيع أم لا؟ وجهان **أحدهما**: [٩٨/ب] لا يستحق أخذها منه وإن صدقه عليها لوجوبها على غيره وإقرار الشفيع بها لغيره، **والثاني**: يستحق أخذها منه لأن عقد البيع منتقل إليه وثمنه مستحق عليه.

فرع آخر

لو كان الشفيع مكذباً للبائع وتحالف البائع والمشتري لا تبطل الشفعة بتحالفهما، سواء قلنا: البيع يبطل بالتحالف أو لا يبطل لاستقرار الشقص على ملك الشفيع بالأخذ بخلاف ما لو تحالفا قبل الأخذ.

فرع آخر

لو أقام البائع البينة على الألفين وكان المشتري مستنيباً في عقده ولم يعقد بنفسه فيه وجهان **أحدهما**: يرجع بها عليه لأنه لم يتقدم منه تكذيبٌ لبينته، **والثاني**: لا يرجع بها لأنه قد أقر باستيفاء حقه وهو الظاهر من قول المزني واختاره القاضي أبو حامد رحمه الله.

مسألة[1]: قالَ: «ولو كانَ الثمنُ عبداً فأخذَه الشفيعُ بقيمةِ العبدِ ثمَّ أصابَ البائعُ بالعبدِ عيباً».

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى شقصاً بعبدٍ وأخذه الشفيع بالشفعة وأعطى المشتري قيمة العبد ثم أصاب بالعبد عيباً لم يخل من أحد أمرين، إما أن يعلم بالعيب قبل أن حدث بالعبد ما يمنع الرد، أو علم بعد ما حدث به ما يمنع الرد، فإن كان قبل الحدوث رده على المشتري فإذا رده لم يخل الشفيع من أحد أمرين إما أن يكون قد أخذ الشقص بالشفعة، أو لم يكن أخذ، فإن كان قد أخذ لم يكن للبائع الرجوع في الشقص لأن ملك المشتري قد زال عنه فيرجع بقيمة الشقص لا ببدل العبد لأن البائع قد فسخ العقد وقد كان له أخذ الشقص أو كان موجوداً فكان له قيمته إذا كان مفقوداً والقيمة أقل ما كانت من وقت عقد البيع أو قبض المشتري، ثم إن عاد إلى المشتري هذا الشقص بوجهٍ من الوجوه لم يجب رده على البائع ولا له رده عليه ولا للبائع مطالبته به بخلاف الغاصب إذا غرم الآبق ثم رجع يلزمه رده إلى المالك، وللمالك أن يسترده لأن هناك بالتغريم لم يملك وها هنا ملك بالتغريم فافترقا وإن لم يعد إليه استقر [٩٩/أ] الشقص

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٨).

للشفيع بقيمة العبد واستقر الشقص للمشتري بقيمة الشقص وانقطعت العلائق بين المشتري وبين البائع وهل بين الشفيع وبين المشتري تراجع أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تراجع بينهما لأن الرد بالعيب فسخ في الحال غير مستندٍ إلى حالة العقد.

والثاني: بينهما تراجع لأن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي يستقر على المشتري وها هنا استقر قيمة الشقص فعلى هذا يقابل بين قيمة العبد وقيمة الشقص، فإن كانت القيمتان سواء فلا كلام، وإن كان بينهما تفاضل تراجعا به، فإن كانت قيمة الشقص أكثر من قيمة العبد رجع المشتري على الشفيع بتمام قيمة الشقص، وإن كانت قيمة الشقص أقل من قيمة العبد رجع المشتري عليه بذلك الفضل وهذا لأنه انفسخ العقد الأول بهذا الرد وصار الثمن قيمة الشقص، وإن لم يكن أخذ الشفيع الشقص من المشتري واجتمع الشفيع والبائع ففي أحقهما بالشقص وجهان من اختلاف الوجهين إذا كان الشقص صداقاً وينازعه الشفيع والزوج المطلق قبل الدخول فإن قلنا هناك: الزوج أحق فها هنا البائع أحق ولا شفعة وإذا قلنا: هناك الشفيع أحق فها هنا الشفيع أحق ووجه هذا أنه استحق الشفعة بالبيع والبائع إنما يستحق أخذ الشقص بالرد بالعيب بعده فحق الشفيع أسبق ووجه الوجه الأول أن الشفيع إنما يستحق أخذه بالشفعة إذا لم يثبت للبائع على المشتري حق الفسخ وها هنا ثبت له ذلك فإذا قلنا البائع أحق أخذه وانصرف وإن قلنا: الشفيع أحق فبكم يأخذه؟ وجهان:

أحدهما: بقيمة العبد الذي كان ثمناً لأنه استقر عليه عقد البيع.

والثاني: بقيمة الشقص الذي صار مغروماً واستقر للبائع على المشتري، وإن كان هذا بعد حدوث عيب آخر عنده منع الرد كان له الرجوع بأرش العيب على المشتري، فإذا رجع به هل يرجع المشتري به على الشفيع؟ نظر، فإن كان الشفيع أخذه بقيمة عبدٍ [٩٩/ب] سليم لا عيب فيه لم يرجع بشيء، وإن كان أخذه بقيمة عبدٍ معيب من أصحابنا من قالَ: فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع عليه المشتري لأنه استحقه بما سمى في العقد.

والثاني: يرجع على المشتري لأن الثمن استقر على المشتري مع الأرش، ومن أصحابنا من قال: يرجع ها هنا على الشفيع وجهاً واحداً لأنه من تمام الثمن وهذا أصح بخلاف ما تقدم من المسألة.

مسألة(١): قال: «ولو استحقَ العبدُ بطلت الشفعةُ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا باع شقصاً بعبدٍ فأخذه الشفيع ثم استحق العبد يبطل البيع

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٧).

والشفعة أيضاً بخلاف المسألة قبلها لأنه صح البيع وحصل الملك للمشتري هناك وها هنا بخلافه، ولو أقر المتبايعان والشفيع أن العبد كان حر الأصل يبطل البيع والشفعة أيضاً وإن أنكر الشفيع ما قالا لم يقبل قولهما عليه والشفعة له باقية، وقال بعض أصحابنا: يرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص لخروجه عن يده وفواته وقيل: لا يتراجعان بشيء لأن الشفيع ينكر استحقاق قيمة الشقص فلا يطالبه بها وهذا أشبه، ولو كان الثمن معيّناً فأخذ الشفيع الشفعة من المشتري ثم تلف الثمن في يد المشتري قبل القبض بطل البيع والشفعة معاً ولم يكن للمشتري أن يدفع بدل الثمن ولا يصح ذلك وإن اتفقا عليه.

مسألة(١): قال: «ولوْ صالحَهُ منْ دعواه على شقصٍ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا ادعى رجل على رجل شقصاً في يده فصالحه منه على مالٍ أخذه نظر، فإن كان الصلح على الإنكار فهو باطل ولا شفعة، وإن كان بعد الإقرار له فالصلح صحيح ويأخذ الشفيع الشقص منه بمثل المال الذي بذله له إن كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل، وإن ادعى أجنبي على أحدهما ألفاً فصالحه منه على الشقص الذي في يده، فإن كان على إقرارٍ صار كأنه اشترى ذلك بألفٍ ففيه الشفعة، وقد ذكرنا ذلك، وإن كان على إنكارٍ فالصلح باطل.

فرع

لو وهب شقصاً من رجل فهل للشفيع الشفعة؟ مبني على أن الهبة هل تقتضي الثواب؟ وفيه قولان فإذا قلنا: لا يقتضي الثواب [١٠٠/أ] لا شفعة وإذا قلنا: يقتضي الثواب تثبت الشفعة فيها ويأخذ الشفيع بقدر الثواب، وحكي عن ابن أبي ليلى أنه قال: تثبت الشفعة فيها بقيمة الشقص وهو رواية عن مالك لأن الشفعة لإزالة الضرر وهو موجود ها هنا وهذا غلط لأنه ملكاً بغير بدلٍ فأشبه إذا ورثها، ولو كانت الهبة بشرط الثواب، فإن كان معلوماً وقلنا: يصح كان ذلك بيعاً وتثبت الشفعة تقابضا أو لم يتقابضا، وبه قال زفر. وقال أبو حنيفة وصاحباه: لا تثبت حتى يتقابضا، لأن الهبة لا تلزم إلا بالقبض وهذا قول بعض أصحابنا وهذا غلط لأنه ملكها بعوضٍ فلا يفتقر إلى القبض لحصول الملك كالبيع الصريح ولا يصح اعتبار لفظ الهبة لأن العوض يصرفها عن مقتضى لفظها ويصير لفظها عبارة عن البيع، ولو شرط ثواباً مجهولاً نقل الربيع عن الشافعي أنه إذا أثابه الموهوب له أخذ الشفيع بمثله إن كان له مثل أو بقيمته إن لم يكن له مثل حكاه القاضي أبو عليّ الزجاجي والمشهور أن الهبة باطلة ولا شفعة قال: وفيه قول آخر لا شفعة في الهبة أصلاً لأن الهبة مخصوصة.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٧).

فرع آخر

لو حضر رجل مغنماً فأعطاه الإمام لحضوره شقصاً من دارٍ وطالبه الشفيع بالشفعة، فإن كان أخذه رضخاً لا شفعة لأن الرضخ عطية تبرع، وإن أخذه بسهم مستحقٍ فيه وجهان **أحدهما**: لا شفعة لأن الغنائم مستفادة بغير بدلٍ كإحياء الموات، **والثاني**: تثبت الشفعة لأنه قد اعتاضه بدلاً عن حضورٍ وعملٍ فعلى هذا يأخذه الشفيع بقدر سهمه من المغنم.

مسألة(١): قال: «ولوْ أقامَ رجلانِ كلُّ واحدٍ منهما بيّنةً أنهُ اشترى منْ هذهِ الدارِ شِقصاً».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت الدار بين رجلين لكل واحدٍ منهما نصفها وادعى كل واحدٍ منهما على صاحبه أن النصف الذي في يديه يستحقه عليه بالشفعة رجعنا إليهما في وقت [١٠٠/ب] الملك فإن قالا: ملكناها معاً في زمان واحد بالشراء من رجل واحد أو من رجلين فلا شفعة لأحدهما: على صاحبه وإن قال كل واحدٍ منهما: أنا السابق فلي الشفعة لا يخلو من ثلاثة أحوال إما أن لا يكون هناك بينة أو يكون مع أحدهما بينة، أو مع كل واحدٍ منهما بينة، فإن لم يكن مع واحدٍ منهما بينة فكل واحد منهما مدعٍ ومدعًى عليه فإن سبق أحدهما فادعى على صاحبه قلنا له: أجب عن الدعوى فإن قال في الجواب: ملكي هو السابق قلنا: هذا ليس بجواب بل قد أعدت الدعوى فأجب عن الدعوى فإن قال: لا يستحق عليّ الشفعة فالقول قوله فإن نكل رددنا اليمين على المدعي، فإذا حلف قضينا له بالشفعة وسقطت دعوى صاحبه لأنه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة فإن لم ينكل وحلف سقطت دعوى صاحبه، ويقال: لك الدعوى بعد هذا فإذا ادعى عليه نظر، فإن نكل عن اليمين حلف هو واستحق الشفعة، وإن حلف ولم ينكل سقطت الدعوى وبقيت الدار بينهما على ما كانت عليه هذا إذا لم يكن هناك بينة، فإن كانت مع أحدهما بينة نظر، فإن شهدت له بالتاريخ مثل إن قال: ملكتها منذ سنة أو منذ شهر فلا فائدة في هذا التاريخ لأنا لا نعرف به وقت ملك الآخر فإن زادت على هذا فأخبرت أنه ملكه قبل ملك صاحبه قضينا بالبينة وحكمنا له بالشفعة، وإن كان مع كل واحدٍ منهما بينة لم يخل من أحد أمرين إما أن تكونا متعارضتين أو غير متعارضتين، فإن لم تكونا متعارضتين بأن شهدت إحداهما أنه ابتاع النصف من زيد وشهدت الأخرى أنه ابتاع النصف من عمرو فلا تعارض ها هنا لإمكان أن يكون كل واحدٍ منهما اشترى نصيبه مفرداً فلا يخلو حال البينتين من أربع أحوال إما أن تكونا مؤرختين تاريخاً واحداً أو مؤرختين تاريخاً مختلفاً أو إحداهما مطلقة والأخرى [١٠١/

(١) انظر الأم (٣/٥٧).

أ] مؤرخة أو كانتا مطلقتين، فإن كانتا مؤرختين تاريخاً واحداً بأن شهدت إحداهما أنه اشترى من زيد وقت طلوع الشمس والأخرى أنه اشترى من عمرو وقت طلوع الشمس فالملك حصل لهما في وقتٍ واحدٍ فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة، وإن كانتا مؤرختين تاريخاً مختلفاً فالذي ملك أولاً يستحق الشفعة على صاحبه لأن ملك صاحبه طرأ عليه، وإن كانت إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة فهو كما لو لم يكن مع أحدهما: بينة لأنا لا نعلم أيهما سبق الملك، وكذلك إن كانتا مطلقتين، وإن كانتا متعارضتين وهو أن تشهد كل واحدة منهما أن هذا هو السابق لصاحبه ففي المتعارضتين قولان **أحدهما**: تسقطان، **والثاني**: تستعملان.

وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال القرعة والوقف والقسمة فإن قلنا: توقف وقفناه وإن قلنا: تقرع أقرعنا فمن خرجت قرعته قدمنا بينته وهل يحلف مع القرعة؟ وجهان، وإن قلنا: يقسم نظر، فإن كانا في الملك متساويين فلا فائدة في القسمة، وإن كانا فيه متفاضلين لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان أخذ صاحب الثلث من صاحب الثلثين السدس بما يخصه من الثمن.

مسألة(١): قالَ: «ولوْ أنَّ البائعَ قال: قدْ بعتُ شقصي من فلانٍ بألفٍ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت الدار بين رجلين نصفين فادعى أحدهما: أنه باع نصيبه من فلان بألف درهم رجعنا إلى فلان فإن قال: صدق قضينا بالشفعة للشفيع، وإن أنكر فلان الشراء فقد اعترف المالك بالبيع وأنكره المشتري فهل للشفيع الشفعة؟ قال المزني: له الشفعة وصوَّبه سائر أصحابنا وبه قال أبو حنيفة وأحمد لأن البائع أقر بحقٍ للمشتري وبحقٍ للشفيع فإذا سقط حق المشتري بإنكاره لم يسقط حق الشفيع كما لو أقر لاثنين بحق فرَّده أحدهما، وقال ابن سريج: لا شفعة للشفيع لأن البيع لم يثبت في حق المشتري والشفعة إنما تستحق على المشتري لا على [١٠١/ب] البائع ولأن الأصل المشتري والشفيع فرع فهو كما لو أقر أحد الأخوين بأخ ثالث وأنكر الآخر لا يثبت الإرث كما لا يثبت الأصل وهو النسب، فإن قلنا بهذا فالخصومة بين البائع والمشتري فالقول قول المشتري فإن حلف برئ وإن نكل عن اليمين حلف البائع وثبت البيع ووجب له الثمن على المشتري وقضينا للشفيع بالشفعة على المشتري، وإذا قلنا: له الشفعة وهو المذهب وبه قال مالك لا يخلو البائع من أحد الأمرين إما أن يختار محاكمة المشتري أو لا يختار فإن اختار ترك محاكمته قلنا للبائع: تسلَّم أنت الثمن من الشفيع وسلّم الشقص إليه وتكون عهدة الشفيع ها هنا على البائع دون المشتري لأنه لما لم يلزمه الشراء مع إنكاره لم يلزمه عهدته، وإن اختار محاكمة المشتري هل له ذلك؟ وجهان:

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٨).

أحدهما: ليس له ذلك لأنه حصل له الثمن وهو مقصوده فلا فرق بين أن يحصل ذلك له من المشتري أو من الشفيع ولأنه لا يؤمن إن أُحلف أن يحكم بفسخ العقد وفيه إبطالٌ لحق الشفيع فليس له ذلك.

والثاني: له ذلك لاستحقاق اليمين عليه بإنكاره ولما فيه من البغية بوصول الملك إلى مستحقه ولا يبطل بذلك حق الشفيع ولأنه قد تكون معاملة المشتري أسهل من معاملة الشفيع وهذا أصح فإذا قلنا: له محاكمة المشتري فالقول قول المشتري مع يمينه فإن حلف سقطت دعوى البائع ويأخذ الشفيع منه الشقص على ما ذكرنا، وإن نكل عن اليمين حلف البائع وثبت الشراء والشفعة وتكون عهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع هذا كله إذا اعترف البائع بالبيع دون قبض الثمن فإن اعترف بالبيع وقبض الثمن أيضاً وأنكر المشتري الكل فهل للشفيع الشفعة؟ يبنى على المسألة الأولى فإن قلنا هناك: لا شفعة كما قال ابن سريج فها هنا أولى، وإن قلنا هناك: تثبت الشفعة فها هنا وجهان:

أحدهما: [١٠٢/أ] لا شفعة لأنه لا يمكن دفعه إليه من غير ثمن ولا يمكن دفعه بالثمن لأن الثمن يستحقه المشتري ولا يمكن إجبار المشتري على قبض الثمن بعد يمينه أنه ما اشتراه وهذا اختيار أبي إسحاق وابن أبي هريرة.

والثاني: وهو قول الأكثرين له الشفعة لأن البائع أقر بحقٍ للمشتري وللشفيع معاً، فإذا لم يقبل المشتري كان للشفيع أن يقبل ويأخذ ثم إذا أخذ فهو معترف بالثمن للمشتري وهو ينكره فيه ثلاثة أوجه على ما بيناه وقيل: هل يقبض منه الثمن؟ وجهان فإذا قلنا: يقبض فيه وجهان **أحدهما**: يوضع في بيت المال موقوفاً للمشتري، **والثاني**: يدفع إلى البائع ويسترجع من البائع ما أقر بقبضه من المشتري ليكون هو الموقوف للمشتري في بيت المال ذكره في «الحاوي»[(١)]، وحكى بعض أصحابنا عن ابن سريج أنه قال: في الصورة الأولى إذا أراد الشفيع دفع الثمن يرفع الأمر إلى القاضي ليقيم رجلاً مقام المشتري ويقبض له الثمن كيلا يكون متطوعاً بما أعطى ويصير ماله بعرض الهلاك لو أقر المشتري بالشراء وقال: دفعتَ الثمن من غير إذني والشقص لي، فإذا كان القابض قبضه بأمر الحاكم صح قبضه في حقه.

وقال بعض أصحابنا: لا يحتاج إلى هذا فإن الشفيع يقول: دفعتُ الثمن إلى البائع للضرورة وحين أنكرت أذن لي الشرع بدفعه فصار كأني دفعت بإذنك. واعلم أن المزني صوَّر هذه المسألة حيث يكون البائع مع الإقرار بالبيع مقراً بالقبض والإقباض والمشتري منكر فيحتمل أن يكون هذا منه توسعاً في الكلام عند تصوير المسألة ولا فائدة في هذا التقييد ويحتمل أن يكون مراده بذكر هذا القبض قطع نوع من التوهم وهو أن البائع إذا أقر بأن المشتري قبض الشقص والمشتري جاحد فعلى الشفيع [١٠٢/ب] تسليم الثمن

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٢٩٢).

إلى البائع وربما يتوهم متوهم أن البائع بعد اعترافه بالإقباض لا يستحق على الشفيع بالثمن وليس كذلك بل يستحق ذلك إذا لم يعترف بقبض الثمن لأن شقصه لا يزول عن ملكه إلا بثمنٍ يصل إليه إما من جهة المشتري، وإما من جهة الشفيع. ثم اعلم أن هذا التصوير الذي ذكره إنما يستقيم مع جوابه إذا كان المشتري معترفاً بأن الشقص الذي قبضه البائع ملك البائع حصل في يده عارية أو وديعة فأما إذا قال المشتري: هو ملكي فالجواب أن القول قوله مع يمينه، فإذا حلف المشتري نظر إلى الشفيع، فإن كان يصدق البائع في عين الشقص الذي حلف المشتري عليه فلا سبيل للشفيع على البائع لأن البائع غير متعدٍ بتسليم الشقص إلى المشتري، وإن كان الشفيع يكذّب البائع في العين ويقول: إن الشقص الذي اعترفت بالشفعة لي فيه غير هذا الشقص الذي حلف المشتري عليه فالقول قول البائع مع يمينه.

مسألة(١): قال: «ولو كانَ للشِّقصِ ثلاثةٌ شفعاءٍ فشهدَ اثنان».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت الدار بين أربعة نفرٍ فباع أحدهم نصيبه من أجنبي وجاء الثلاثة يطالبون المشتري بالشفعة فادعى المشتري أن أحدهم عفا عن الشفعة وشهد له الشفيعان الآخران نظر، فإن كانا مقيمين على طلب الشفعة لم تقبل شهادتهما للتهمة لأنهما يجرّان إلى أنفسهما غُنماً وشهادة الجار إلى نفسه غنماً لا تقبل كما لا تقبل شهادة الدافع عن نفسه غُرماً، وإن كانا قد عفوا عن الشفعة قبلت شهادتهما لأنه لا تهمة عليهما، وإن كانا مقيمين على طلب الشفعة فرددنا شهادتهما ثم عفوا وأعادا الشهادة لم تقبل شهادتهما كالفاسقين إذا أعادا الشهادة بعد التوبة لا تقبل شهادتهما، وإن كان قد عفا أحدهما دون الآخر قبلت شهادة [١٠٣/أ] العافي دون الذي لم يعف وقضينا بشهادته مع اليمين ومن الذي يحلف مع الشاهد نظر، فإن كان الذي ردت شهادته عفا عنها حلف مع شاهده واستحق الشفعة على المشتري لأنه لا شفيع غيره، فإن كان الذي ردت شهادته قد عفا عنها بعد ذلك حلف المشتري مع الشاهد وحصل الشقص له لأنه لم يبق من يطالب بالشفعة.

فرع

لو شهد البائع على الشفيع بالعفو قال ابن القفال في «التهذيب»: نظر، فإن كان لم يقبض الثمن من المشتري لم تقبل شهادته لأنه يجوز أن يفلس المشتري فيرجع البائع بالشقص فيكون قد أثبت بشهادته لنفسه حقاً، وإن كان قد قبض الثمن وسلم الشقص قبلت شهادته.

---

(١) انظر الأم (٣/٥٨).

فرع آخر

لو شهد السيد على مكاتبه بالعفو عن الشفعة قبلت شهادته لأن ذلك شهادة عليه، وإن شهد بالشراء فيما للمكاتب فيه الشفعة تقبل شهادته أيضاً ذكره القاضي الطبري رحمه الله.

مسألة(١): قال: «ولو ادعى الشفيعُ على رجلٍ أنهُ اشترى هذا الشقصَ الذي هوَ في يديه من صاحبِهِ الغائبِ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت دار بين رجلين **أحدهما**: حاضر والآخر غائب ونصيب الغائب في يد وكيل له حاضر ثم إن المالك الحاضر ادعى أن الوكيل الحاضر اشترى نصيب موكله بألفٍ وأقام بذلك شاهدين سمع الحاكم ذلك وقضى بالشراء وأوجب للحاضر الشفعة قال المزني رحمه الله: هذا قضاء على الغائب ووافقنا فيه الكوفيون وقد ناقضوا أصلهم، واختلف أصحابنا في هذا على وجهين:

أحدهما: أن هذا قضاء على غائب لأن الدعوى والشهادة عليه بالبيع.

والثاني: ليس هذا بقضاء على غائب لأن المزني لم يذكر أن يحلّف المدعي مع الشاهد فثبت أنه قضاء على وكيل حاضر، فإذا قلنا: إنه قضاء على حاضر فلا كلام وإذا قلنا: قضاء [١٠٣/ب] على غائب نقول: هم ناقضوا لأنهم إنما يمنعون القضاء على غائب إذا لم يتعلق بحق حاضر، فأما إذا كان هناك خصم حاضر يقضى عليه وفي هذا الموضع خصم حاضر وهو الذي يدعي عليه أنه اشترى ثم الثمن لا يدعي هذا المشتري فيأتي فيه الأوجه الثلاثة، وإن لم يذكر البينة قبض الثمن قبض الحاكم الثمن من المشتري للبائع ومن الشفيع للشفيع للمشتري، واعلم أن المزني قيد هذه المسألة بذكر دفع الثمن ولا تتوقف الشفعة على دفع المشتري ثمن الشقص إلى البائع بل إذا انبرم البيع كانت الشفعة ثابتة فيحتمل أنه جعل ذلك بسطاً في عبارة الدعوى وتأكيداً، وكذلك في الشهادة فإن الشهود متى ما شهدوا عند الحاكم على أنه اشترى ودفع الثمن إلى البائع كانت شهادتهم أوضح لأن دفع الثمن بعد البيع دلالة ظاهرة على الانبرام.

مسألة(٢): قال: «ولو اشترى شِقصاً وهو شفيعٌ فجاء شفيعٌ آخرُ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كانت دار بين ثلاثة شركاء فباع أحدهم نصيبه من آخر فقد حصل بائع وشفيع هو المشتري فهل يستحق الشفيع المشتري الشفعة فيما اشتراه؟ قال المزني: هما في المبيع شريكان ولكل واحدٍ منهما نصف المبيع، واختلف أصحابنا فيه على وجهين قال أكثر أصحابنا كما قال المزني، وقال ابن سريج: للشريك الذي لم

---

(١) انظر الأم (٣/٥٨).

(٢) انظر الأم (٣/٥٩).

يشتر أن يأخذ الثلث كله بالشفعة وليس للمشتري أخذ شيء منه لأنا لو قلنا: تثبت له الشفعة لكان يأخذ من ملك نفسه وذلك لا يجوز وبه قال الحسن البصري وعثمان البتي وهذا غلط لأن المشتري شريك كالآخر فليس لذلك أن ينفرد بجميع المشفوع. واعلم أنا لا نقول: إنه أخذ الشفعة من نفسه ولكن نقول: لا يقدم الشريك الآخر عليه لأنه لا مزية له عليه فيجعل للشريك الآخر أخذ النصف فحسب والنصف الآخر نقرّه في ملك المشتري لأنه شريك فإذا أقررناه حصل الملك بالابتياع لا بأخذه بالشفعة [١٠٤/أ] وقال المزني في تعليل هذه المسألة لأنه مثله وليس له أن يلزم شفعته غيره فسمى ما تبقى في هذا المشترى شفعة له وهذه التسمية مجاز لا حقيقة لأن ما ملكه الإنسان بالشراء لا يسمى شفعة وإنما استجاز المزني إطلاق اسم الشفعة على الباقي من هذا الشقص لأنه بجملته لو حصل لأجنبي بالشراء لا لواحدٍ من الشركاء كان لهذا الشريك المشتري فيه هذه الحصة من الشفعة فسماه شفعة على هذا المعنى والله أعلم.

فإذا قلنا بقول ابن سريج قلنا للشريك الآخر: لا شفيع ها هنا غيرك فأنت بالخيار بين أخذ الكل أو الترك وليس لك التبعيض وإذا قلنا بقول عامة أصحابنا: فإن اختارا كان الثلث بينهما نصفين، وإذا عفا الشفيع بقي الثلث كله للمشتري وإن قال المشتري: رضيت أن يأخذ الشفيع الكل لم يلزم الشفيع أن يأخذ الكل بل له أن يأخذ النصف ويترك النصف على ما ذكرنا فيما تقدم، فإن قيل: قد بعضتم الصفقة على المشتري قلنا: لأن المشتري لما دخل فيه رضي بالتبعيض، فإن قيل: إذا كان المشتري أجنبياً فجاء أحد الشفعاء لم يكن له تبعيض الصفقة على المشتري فما الفرق؟

قلنا: الفرق أن الشريك إذا اشترى كان بمنزلة أخذ الشقص بالشفعة وآكد منه كما إذا طلق الرجل امرأته طلقة واحدة ثم عقد النكاح عليها في حال العدة كان بمنزلة الرجعة عند بعض أصحابنا فإذا كان كذلك فإذا أخذ الشفيع بالشفعة لم يجز أن يلزم شريكه أخذ ما دخل في ملكه وليس كذلك الأجنبي إذا اشترى فإنه لم يملك شيئاً منه بما هو آكد من الأخذ بالشفعة مع كونه شريكاً فافترقا.

مسألة(١): قال: «ولو شجَّهُ موضحةً عمداً».

الفصل

وهذا كما قال: إذا صالح من أرش الموضحة على شقصٍ فالكلام أولاً في الصلح ثم في الشفعة، وجملته أن الواجب في الموضحة خمس من الإبل أخماساً إن كانت خطأً أو أثلاثاً إن كانت شبه عمدٍ أو عمداً، فإن كانت عمداً فالوجوب على الجاني، [١٠٤/ب] وإن كانت خطأً أو عمد خطإٍ فالوجوب على العاقلة فإذا صالح نظر، فإن كانت الإبل موجودة فإن لم يعرفا الأوصاف التي بقيت بها في الذمة وهي العدد والسّن

(١) انظر الأم (٣/ ٥٩).

وأنها من نتاج قومه أو بلده فصالحه منها على شقصٍ لم يصح الصلح، فإن عرفا الأوصاف الثلاثة فهل يصح الصلح؟ قولان: **أحدهما**: يصح لأنه لو أحضرها بهذه الأوصاف لزمه قبولها، **والثاني**: لا يصح لأن السَّلم فيها بهذا القدر لا يصح حتى توصف الألوان ونحوها مما يختلف الثمن لأجله، فإذا قلنا: الصلح صحيح يأخذ الشفيع بقيمة خمسٍ من الإبل أقلها قيمةً إذا كانت بالأوصاف التي ذكرناها، فإن لم تكن الإبل موجودة قال في القديم: تجب خمسون ديناراً أو ستمائة درهم، وقال في الجديد: تلزم قيمتها بالغة ما بلغت، فإن عرفا البدل المقدَّر ومقداره أو عرفا مقدار القيمة فصالحه منها صح الصلح ويأخذ الشفيع بمثل ذلك، وإن لم يعرفا أو عرف **أحدهما**: دون الآخر لم يصح الصلح ولا شفعة، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا كانت الجناية عمداً وقلنا: الواجب هو القود فحسب هل يصح الصلح مع كون الدية مجهولة عند المتعاقدين؟ قولان بناءً على أن مطلق العفو هل يوجب المال أم لا؟ فإن قلنا: لا يوجب جاز وكأن المصالحة وقعت عن نفس القود وهو معلوم، وإن قلنا: يوجب المال لم يجز إلا أن يكون معلوماً على ما ذكرنا لأنه مصالحة عن المال.

مسألة[1]: قال: «ولوْ اشترى ذميَّ منْ ذمي شِقصاً بخمرٍ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى مشرك من مشرك شقصاً فإن للشريك المشرك أن يطالب بالشفعة إن كان الثمن حالاً والعقد صحيحاً، وإن تبايعا بخمرٍ أو خنزير فلا شفعة، فإن كانوا تعاقدوا وتقابضوا وسلَّم المشتري الشقص لم نتعرض لهم فيه ولو كان الشريك مسلماً لا شفعة له وإن تقابضوا لأنه لا عوض هناك يمكن أخذها منه، وقال أبو حنيفة: له الشفعة بقيمة الخمر وللذمي الشفعة بمثل الخمر بناءً على أصله أن الخمر مال [١٠٥/أ] لهم وهذا غلط لأنه وقع العقد بثمنٍ حرامٍ فلا شفعة كما لو وقع بميتة أو دم.

مسألة[2]: قال: «والمسلمُ والذميُّ في الشفعةِ سواءٌ».

وهذا كما قال: إذا باع ذمي شقصاً من ذمي وكان شريكه فيه مسلماً يستحق الأخذ بالشفعة، ولو باع من مسلم وشريكه ذمي فالذمي يستحق الشفعة على المسلم وبه قال كافة العلماء، وقال الشعبي والحسن وعثمان البتي والحارث العكلي وأحمد والحسن بن صالح ابن حي: لا شفعة للذمي على المسلم لما روي أن النبي ﷺ قال: «لا شفعة لذمي على مسلم»، وروي: «لا شفعة لنصراني»[3] وهذا غلط للعمومات الواردة في الشفعة ولأنه خيار يثبت لدفع الضرر عن المال فاستوى فيه المسلم والذمي كالرد بالعيب، وأما الخبر لا أصل له.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٥٩). (٢) انظر الأم (٣/ ٦٠).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٦/ ١٠٨)، والخطيب في «تاريخه» (١٣/ ٤٦٥).

فرع

تثبت الشفعة للبدوي على الحضري خلافاً للشعبي وتثبت الشفعة للغائب على الحاضر خلافاً للنخعي وتثبت الشفعة في دور مكة، وقال أبو حنيفة: لا تثبت بناءً على قوله: لا يجوز بيعها.

فرع آخر

لو كان أحد الشريكين غائباً وله وكيل فقال الوكيل: قد اشتريت منه نصيبه فهل يكون للحاضر أخذه بالشفعة، قال ابن سريج: فيه وجهان **أحدهما**: ليس له لأن إقراره لا يقبل على موكله ويكتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي فيه الغائب ليستدعيه ويسأله عنه، **والثاني**: يؤخذ منه بالشفعة وبه قال أبو حنيفة ويذكر الحاكم في السجل صورة الحال وينظر في الغائب فإن صدَّقه صح أخذه السابق، وإن كذّبه ولا بينة هناك كان القول قوله مع يمينه، فإذا حلف استحق الشقص وأجرة المثل في مدة ما أمسكه الشريك وأرش النقص إن دخل فيه النقص وهل يرجع الشفيع على الوكيل لأنه غرَّه؟ وجهان وقد مضى نظير هذه المسألة.

فرع آخر

لو أحال المشتري البائع على الشفيع بثمن الشقص فوزنه له عن المشتري برئ المشتري من الثمن ومن الشفعة.

فرع آخر

لو [١٠٥/ب] اشترى رجل من رجل شقصاً وله شفيعان فقال المشتري: اشتريته لأحدهما: فصدقه المشترى له وكذبه الآخر وقال: بل اشتريته لنفسك كان الشقص بين الشفيعين نصفين لأن للمكذب أن يأخذ نصف الشقص سواء اشتراه لنفسه أو لشريكه وعلى ما قال ابن سريج: أنه لا يكون للمشتري الشريك شفعة تجب ها هنا أن لا يكون للمكذب شفعة لأن شراء الشريك بتصادقهما عليه ولم يوجد ذلك، ولو قال الأخ المكذب: حلّفوا أخي أن الشقص اشتري لي لم يحلّف لأنه لا فائدة في استحقاقه على ما بيناه من أن الحكم لا يختلف بين أن يكون اشتراه لنفسه أو للشريك.

فرع آخر

لو قال المشتري في هذه المسألة: اشتريت هذا الشقص من رجل لا يملكه فصدقه أحد الأخوين وكذبه الآخر لا شفعة للمصدق لأنه أقر أنه لا يملكه، ولو قال: ملكت هذا الشقص بهبةٍ فصدقه أحدهما في ذلك وكذبه الآخر وقال: ملكته بالابتياع بطلت شفعة المصدق لأنه أقر أنه ملك بالهبة ولا شفعة في الهبة، وأما المكذب يدعي أنه ملك الشقص بابتياعٍ وأنه يستحق عليه الشفعة فيه وهو ينكر فإن أقام المدعي بينة بالبيع استحق وإلا فالقول قول المنكر مع يمينه ولا شفعة.

فرع آخر

لو اشترى شقصاً فيه شفعة فمات الشفيع وله وارثان فقال المشتري: إن الوارثين قد عفوا ولا بينة له بذلك فأنكر فحلف الواحد ونكل الآخر لم يكن للمشتري أن يحلف من أجل نكول الناكل، لأنه لو صح عفوه كان للذي لم يعف أن يطلب جميع الشقص بالشفعة فلا يفيده اليمين شيئاً فإذا ثبت هذا فإن الوارث الحالف لا يستحق الكل إلا بيمين منه لقد عفا صاحبه هذا الناكل عن اليمين، فإذا حلف أخذ الكل، وإن لم يحلف كان الناكل على شفعته وأخذا معاً ذكره ابن الحداد.

فرع آخر

لو اشترى [١٠٦/أ] شقصاً فيه شفعة ثم ارتد فقتل أو مات قبل رجوعه إلى الإسلام كان للشفيع الأخذ بالشفعة لأنها وجبت له ويكون المطالب بذلك الإمام أو من ينوب عنه، وهكذا لو ارتد الشفيع وقتل بالردة أو مات كانت الشفعة للمسلمين والنظر في ذلك إلى الإمام.

فرع آخر

لو بيع شقصٌ وله شفيعان فعفا أحد الشفيعين والآخر غائب ثم مات الغائب والحاضر العافي وارثه كان له أن يأخذ بالشفعة، لأنه وإن عفا فإنما يأخذها من وجهٍ غير الوجه الذي عفاها منه، وكذلك لو شهد شاهد بدين لأبيهما فقال أحدهما: لا أحلف مع الشاهد فمات أخوه وهو وارثه كان له أن يحلف ويأخذ ما يصيب الأخ من الدين لأن هذا ليس أتى اليمين عليه ذكره ابن الحداد، وعلى هذا لو ورث رجلان الشفعة عن أبيهما فعفا أحدهما: ثبت للآخر استيفاء الكل فإن مات والعافي وارثه ثبت له استيفاؤه بالنيابة عن موروثه.

فرع آخر

لو كانت الأرض بينهما نصفين فباع أحدهما قطعةً بعينها بطل البيع في نصيب شريكه وهل يبطل في نصيب نفسه؟ قولان فإذا قلنا: لا يبطل أخذه شريكه بالشفعة فيكون له نصف تلك القطعة المبيعة بالشفعة.

فرع آخر

لو كان في يد رجل نصف دار فادعى مدعٍ عليه أنه يستحق سدسها فأنكر المدعى عليه وانصرف المدعي ثم قال له المدعى عليه: خذ مني السدس الذي ادعيته منها بسدس دارك فأجابه إلى هذا صح ولم يكن صلحاً على الإنكار ووجبت الشفعة للشفيع يأخذها من المدعي بقيمة سدس داره.

فرع آخر

لو كانت دار بين شريكين نصفين فوكل أحدهما شريكه في بيع نصف نصيبه وهو ربعها وقال: إن اخترت أن تبيع نصف نصيبك مع نصيبي صفقةً واحدةً فافعل فباع

الوكيل نصفها الربع بحق الوكالة والربع بحق الملك صح في الكل [١٠٦/ب] والموكل شريك حين بيع نصيب الوكيل والوكيل شريك حين بيع نصيب الموكل فللموكل الشفعة فيما باعه الوكيل من نصيب نفسه وهل للوكيل الشفعة فيما تولى بيعه من نصيب الموكل؟ قد ذكرنا وجهين.

فرع آخر

إذا اشترى بعيراً وشقصاً بعبدٍ وجاريةٍ وقيمة البعير والشقص مائتان كل واحدٍ منهما مائة وكذلك العبد والجارية قيمتهما مائتان كل واحدٍ منهما مائة تثبت الشفعة في الشقص بنصف قيمة العبد والجارية فإن تلف البعير قبل القبض بطل فيه العقد، وهل يبطل في الشقص على القولين في تفريق الصفقة؟ فإن قلنا: يبطل بطل في الكل وسقطت الشفعة وإن قلنا: يصح في الشقص صح فيه بنصف العبد والجارية وأخذه الشفيع بقيمة ذلك، وإن تلف العبد بطل العقد فيه وهل يبطل في الجارية؟ على طريقين فإذا قلنا: يصح في الجارية بطل العقد في نصف البعير ونصف الشقص وأخذ الشفيع نصف الشقص بنصف قيمة الجارية.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو كانت دار بين اثنين فادعى أحد الشريكين على الآخر بأن النصف الذي في يده اشتراه من زيد وصدّقه زيد على ذلك، وقال الشريك: ما اشتريته وإنما ورثته من أبي ولا شفعة لك فأقام الشفيع شاهدين شهدا بأن زيداً ملك هذا الشقص ميراثاً عن أبيه ولم يشهدا بأكثر من ذلك، قال محمد بن الحسن: تثبت الشفعة للشفيع ويقال له: إما أن تدفع الشقص إليه وتأخذ الثمن أو ترده على البائع ليأخذه الشفيع من البائع ويأخذ الثمن فيدفعه إليك قال: وإنما كان كذلك لأن الشاهدين شهدا لزيد بالملك وعليه بالبيع، وقال ابن سريج: هذا غلط ولا شفعة لهذا المدعي بذلك لأن البينة لم تشهد بالبيع، أما إقراره فليس بينه وبين المشتري منازعة فثبت إقراره وإنما نقرّ [١٠٧/أ] على المشتري بالشفعة وليست الشفعة من حقوق العقد على البائع فلا يقبل فيها قول البائع ولا شهادته مقبولة لأنه يشهد على فعل نفسه قال: وهذا بمنزلة أن يحلف رجل: إني ما اشتريت هذه الدار من زيد فيقول زيد: أنا بعتها منه وقد كانت ملكاً لزيد فإنه لا يقبل إقراره عليه في الحنث في يمينه كذلك ها هنا.

فرع آخر

لو كانت الدار بين أربعةٍ أرباعاً اشترى اثنان منهم من واحدٍ نصيبه وهو الربع استحق الذي لم يشتر عليهما الشفعة واستحق كل واحدٍ من المشتريين الشفعة على صاحبه. وفرع أبو العباس هذا على ما قاله المزني من أن المشتري إذا كان شريكاً لا يسقط حقه من الشفعة وجعل الدار ثمانية وأربعين سهماً، فالربع اثنا عشر بينهما، وذكر فيها أربع مسائل إحداها أن يطالب كل واحدٍ منهم بشفعته فيقتسمون المبيع أثلاثاً فيحصل لكل

واحدٍ منهم أربعة أسهم. والثانية أن يعفو كل واحدٍ من المشتريين عن صاحبه ويطالب الذي لم يشتر فإنه يأخذ من كل واحدٍ منهما نصف ما في يده لأنه فيما اشتراه كل واحدٍ شريكه في الشفعة إذ لا شفعة فيه إلا لهما فيحصل للذي لم يشتر نصف السهم ستة أسهم، ولكل واحدٍ من المشتريين ثلاثة أسهم. والثالثة أن يعفو الذي لم يشتر خاصةً فكل واحدٍ من المشتريين يأخذ نصف ما في يده فيكون ذلك بقدر ما اشتراه لكل واحدٍ ستة أسهم. والرابعة أن يعفو الذي لم يشتر عن أحدهما دون الآخر فإنه يأخذ ممن لم يعف عنه سهمين ويبقى معه أربعة يأخذ منهما المعفو عنه سهمين، ويأخذ الذي لم يعف عنه من المعفو عنه ثلاثة أسهم نصف ما في يده لأنه لا شفيع في هذا السهم سواهما فيحصل مع كل واحدٍ [١٠٧/ب] منهما على خمسة ومع العافي سهمان. وفرع أبو العباس على ذلك إذا كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً والحكم في ذلك على ما ذكرنا فلا فائدة في تكراره.

فرع آخر

قال ابن الحداد: ولو كانت دار بين ثلاثة نصفها لأحدهم والنصف الآخر بين الآخرين نصفين فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربعه، والثالث: غائب، ثم باع صاحب الثلاثة الأرباع، ربعاً منها لرجلٍ ثم قدم الشريك الغائب كان له أن يأخذ ما يحصه من البيع الأول بالشفعة، ويأخذ المبيع الثاني جميعه لأنه لا شفيع فيه سواه، فإن أراد أن يأخذ حقه من الأول وعفا عن الثاني قال ابن الحداد: أخذ من المشتري الثاني سهماً من ستة، ومن الأول سهمين من ستة فرض الربع ستة أسهم والأصل أربعة وعشرون لأنه أقل عدد ينقسم منه وإنما كان كذلك لأن صاحب النصف لما اشترى الربع كان الربع المشترى بينه وبين الشريك الغائب نصفين وهذا على المذهب، والمشهور في أن المشتري يشارك الشفيع إذا كان شريكاً فيما اشتراه وعلى أحد القولين في أن الشفعة على عدد الرؤوس فإذا باع الربع مما في يده وفي يده ثلاثة أرباع فقد باع ثلث ما في يده وهو ستة اسهم وبقي في يده اثنا عشر سهماً وللغائب بشفعته ثلاثة أسهم فإذا قدم أخذ من المشتري سهماً ثلث ما استحقه لأنه حصل له ثلث ما كان في يد بائعه وأخذ من الأول سهمين. فأما إذا قلنا: إن الشفعة على قدر الأنصباء فالذي يستحق الغائب سهمان من الستة لأن ملكه مثل نصف ملك المشتري حصل في المبيع من السهمين ثلثها فيأخذ من المشتري الأول سهماً وثلثاً، ومن الثاني ثلثي سهم هذا إذا عفا عن الثاني، وإن عفا عن الأول فأخذ من البيع الثاني أخذ من المشتري ما اشتراه وهو [١٠٨/أ] ستة أسهم لأن شريكه بائع فلا تثبت له الشفعة، وإن أراد أن يأخذ الشفعة بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وأخذ من الأول إن قلنا: إن الشفعة على عدد الرؤوس سهمين، وإذا قلنا: على قدر النصيب سهماً وثلثاً.

فرع آخر

قال ابن الحداد: إذا اشترى شقصاً فيه شفعة وأوصى به ومات ثم جاء الشفيع والموصى له يطالبان به كان للشفيع، ويدفع الثمن إلى الورثة دون الموصى له لأنه لم يوص له إلا بالشقص وقد سقط حقه.

فصل

في الحيل في إبطال الشفعة بالجوار مباحة قبل العقد وبعده لأنها حيلة في إبطال ما ليس بواجبٍ، وأما الحيلة في إبطال الشفعة بالمشاركة نظر، فإن كان بعد وجوبها لا يحل ذلك لأنه حق وجب، وإن كان قبل وجوبها قال ابن سريج: يكره ذلك فإن فعل صح، وقال أبو بكر الصيرفي في كتاب «الحيل»: هو مباح. ومن جملة الحيل ما يُزهِّد الشفيع في الأخذ لكثرة ثمنها مثل أن يكون ثمن الشقص مائة فيشتريه بألف ثم يدفع المشتري إلى البائع بالثمن ما قيمته مائة كالثوب ونحوه فيكون الثمن ألفاً والذي دفع مائة أو يبيع من الذي عزم على البيع جارية وهي تساوي مائةً فإذا ثبت الألف على البائع أخذ منه شقصاً بالألف الذي هو ثمن الجارية فيملكها المشتري بألفٍ وهي تساوي مائة فلا ينشط الشفيع لأخذه، إلا أن في المسألة الأولى الغرر يكون على المشتري للشقص لأنه يثبت عليه الألف وربما لا يرضى البائع أن يأخذ منه ما يساوي مائة، وفي المسألة الثانية الغرر على بائع الشقص لأنه ربما لا يختار صاحب الجارية أن يأخذ منه الشقص بألفٍ فتبقى الجارية التي تسوى مائة بألفٍ في يده وهذا اتفاقٌ، ومن ذلك أن يشتري بألفٍ وقيمتها مائة ثم يبريه عن تسعمائة وفيه [١٠٨/ب] غرر على المشتري أيضاً وهذا عند الشافعي ومن ذلك أن يهب البائع الشقص من المشتري ويهب المشتري الثمن من البائع.

ومنها أن يكون الثمن جزافاً فيزن مائةً في التقدير ويطرح فيها شيئاً من الفضة جزافاً فلا يعلم مبلغ الثمن، فإذا جهل مبلغه سقطت الشفعة.

ومنها أن يشتري نصيب البائع من بناء الدار سوى العَرصة فلا شفعة ثم يهب نصيبه من العرصة فلا شفعة أيضاً.

ومنها أن يكون الشقص يساوي ألفاً فيبيع نصفه منه ويهب منه النصف ويكتب الوثيقة أنه باع نصفه منه بألفٍ ووهب النصف فلا يستحق الشفيع الموهوب ويأخذ المبيع بالألف ولا يرضى بذلك فيترك الشفعة وهذا أسلم.

وأما الحيل على قول أبي حنيفة أن الشفعة تثبت للجار هو أن يهب له بعض الدار ثم يشتري ما بقي أو يشتري منه كل الدار إلا العرصة التي عليها سور الدار، فإذا لم يدخل ذلك في البيع لم تجب الشفعة للجار ثم يقر له بالعرصة، أو يشتري كل البناء دون العرصة ثم يهب له العرصة فالشفعة في كل هذا لا تجب. فإن كان قراحاً اشتراه إلا قدر شبراً أو ذراع من جانب الشفيع فيزول الملاصقة وتسقط الشفعة إذا لم يكن شريكاً في الطريق ومن هذا الجنس كثير وفيما ذكرناه كفاية وبالله التوفيق.

كتاب القراض

قال: وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه الخبر وهذا كما قال: اعلم أن عقد القَراض جائز وهو أن يدفع إلى رجل دراهم أو دنانير ليتجر فيها فما يرزق الله تعالى من الربح بينهما على ما يتشارطانه ويسمى هذا العقد باسمين القَراض والمضاربة، والقراض اسم حجازيٌّ، والمضاربة [١٠٩/أ] اسم عراقيٌّ. واشتقاق القراض من القَرض الذي هو القطع، ولهذا سمي المقراض مقراضاً فمعناه قطع ربّ المال من ماله قطعةً ويُسلمها إلى العامل ثم قطع للعامل قطعةً من الربح.

وقيل: اشتقاق القراض من المقارضة التي هي الموازاة والمساواة يقال: تقارض الشاعران إذا تناشدا ووازن كل واحدٍ منهما الآخر بشعره، وقال أبو الدرداء: قارض الناس ما قارضوك فإن تركتهم لم يتركوك على هذا المعنى وهذا لأن المال من أحدهما: والعمل من الآخر، ويحتمل أن يكون ذلك لاشتراكهما في الربح. واختلفوا في اشتقاق المضاربة فقيل: هو من الضرب في المال بالتصرف والتقليب برأيه واجتهاده يقال: فلان يضرب الأمور ظهراً لبطن ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [النساء: ١٠١] أي: تصَّرفتم فيها بالسفر.

وقيل: هو من ضرب كل واحدٍ منهما في الربح بسهم. وأما التسمية فالمقارِض بكسر الراء رب المال لأنه هو الذي يضرب بالمال ويقلبه يقطع قطعة من ماله والمقارَض بفتح الراء العامل في المضاربة يقال للعامل: مضارب بكسر الراء لأنه هو الذي يضرب بالمال ويقلِبُه ولم يشتق لرب المال من المضاربة اسم بخلاف القراض. وقال بعض أصحابنا: هو اسم رب المال وبه قال جماعة من العلماء وهو غلط لما روي عن عليّ رضي الله عنه أنه قال: إذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطا» والمخالفة أبداً من جهة العامل. فإذا تقرر هذا فالأصل في جواز القراض الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ﴾ [المزمل: ٢٠] الآية.

وأما السنة فما روي أن النبي ﷺ ضارب [١٠٩/ب] خديجة رضي الله عنها بأموالها إلى الشام وأنفذت معه لخدمته عبداً لها يقال له مَيسرة.

وقال ابن عباس رضي الله عنه: كان العباس رضي الله عنه إذا دفع مالاً مضاربةً اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبدٍ رطبةٍ

فإن فعل فهو ضامن فرفع شرطه إلى النبي ﷺ فأجازه(١).

وأما الإجماع ما ذكره الشافعي رحمة الله عليه عن عمر رضي الله عنه وتمام الحديث أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر رضي الله عنهم لما انصرفا من غزوة نهاوند اجتازا بالعراق وعليها أبو موسى الأشعري رضي الله عنه فقال لهما: إني أريد أن أصلكما بشيء وليس عندي ما أصلكما به ثم قال: نعم عندي من مال بيت المال مائة ألف درهم فأعطيكماها لتتجرا بها وتُسلما المال إلى أمير المؤمنين بالمدينة والربح لكما فأخذا المال واشتريا به من متاع العراق فربحا فيه بالمدينة ربحاً كثيراً ثم أخبرا عمر بذلك فقال: أوَ أعطى كل رجل من المسلمين مثل ما أعطاكما؟ قالا: لا فقال عمر: أبناء أمير المؤمنين إنما أعطاكما لمكانكما مني فأدّيا المال والربح اجعله في بيت المال، فسكت عبد الله ولم يراجع أباه بشيء، وقال عبيد الله وهو أصغرهما: أرأيت لو تلف هذا المال أما كان من ضماننا قال: نعم قال: فالربح إذا فأعاد عمر كلامه فراجعه عبيد الله فقال عبد الرحمن بن عوفٍ رضي الله عنه: يا أمير المؤمنين لو جعلته قَراضاً ففعل فأخذ منهما المال ونصف الربح(٢).

فإن قيل: كان المال قَراضاً فكيف جعله قراضاً؟ قلنا: قال أصحابنا: كان قرضاً صحيحاً لأن أبا موسى أراد أن يحمله [١١٠/أ] إلى المدينة وخاف عليه فجعله قَرضاً وكان الربح لهما، ولكن عمر رضي الله عنه استطاب قلبهما عن نصف الربح وللإمام أن يفعل ذلك بطيب قلب الصاحب والغرض التورع من أنه تقرب إليهما لمكانه، ولهذا قال: كأني بأبي موسى يقول: أبناء أمير المؤمنين، ومن أصحابنا من قال: كان قرضاً فاسداً إذ كان شرط رد المال بالمدينة فحكمه حكم المغصوب غير أن عمر رضي الله عنه رآها أهلاً لوضع بعض مال بيت المال فيهما والربح للمغصوب منه على أحد القولين. وقيل كان قَراضاً فاسداً وبلغ أجر مثلهما نصف الربح.

وقال الشافعي في كتاب اختلاف العراقيّين: روى أبو حنيفة عن حميد بن عبد الله بن عبيد عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعطاه مال يتيم مضاربةً وكان يعمل به في العراق(٣).

وروى الشافعي أيضاً عن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أن عثمان رضي الله عنه قارضه(٤).

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٦١١).
(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (١٣٨٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٦٠٥)، وفي «معرفة السنن» (٣٧٠٢).
(٣) أخرجه البيهقي في «معرفة السنن» (٤/ ٤٩٨، ٤٩٩).
(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٦٠٦)، وفي «معرفة السنن» (٤/ ٤٩٩).

وروى قتادة عن الحسن أن علياً رضي الله عنه قال: إذا خالف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطا.

وروي عن ابن مسعودٍ[١] وحكيم بن حزامٍ أنهما قارضا والمسلمون أجمعوا على جوازه فلا يحل مخالفتهم. واعلم أن المشهور في جواز القَراض إجماع الصحابة والأشبه أن هذا الإجماع انعقد فيما بينهم عن ضربٍ من القياس على المُساقاة والخبر في المساقاة مشهور عن رسول الله ﷺ ووجه القياس ظاهر وهو أن الأشجار لا تؤاجر حتى يرتفق صاحبها بأجرتها فوردت الشريعة بنوع معاملةٍ مخصوصةٍ عليها يكون سبباً لتوفر مرافقها على مالكها والدراهم والدنانير بهذه المثابة لأنها غير قابلة عقد الإجارة [١١٠/ب] فكان عقد المضاربة سبباً لتوفر مرافقها على مالكها، وفي أثر عمر رضي الله عنه دليل على الوالي إذا أراد إيصال المال إلى حضرة الخليفة يجوز له إسلافه ويجوز للقارض تسلفه لأن ذلك من النظر وهو أولى من أن يبعث إلى حضرته أمانةً.

مسألة[٢]: قال: «ولا يجوزُ القِراضُ إلا في الدراهمِ والدنانيرِ».

الفصل

وهذا كما قال: يجوز القراض في الدراهم والدنانير ولا يجوز فيما عداهما سواء كان له مثل أو لا، وقال طاوس وابن أبي ليلى والأوزاعي: يجوز على العروض كلها، فإن كان له مثلٌ رد مثله عند المفاصلة، وإن لم يكن له مثل رد قيمته لأنه يجوز أن يكون ثمناً فجاز أن يكون رأس مال القراض وهذا غلط فإن موضوع القراض على أن لا يقتسما من الربح شيئاً ما لم يسلم إلى رب المال رأس المال، وأن لا يجوز لأحدهما: أن ينفرد بجميع الربح وأن لا يستحق من الربح شيئاً إلا بعلمه وأن يكون المال من أحدهما: والعمل من الآخر، فإذا تعاقدا القراض على شيء من ذلك، فإن كان مما له مثلٌ فأراد أن يعزلا مثل رأس المال فيجوز أن يكون قد زاد في حال المفاصلة سعره فلا يمكن شراء مثل رأس المال إلا بجميع ما في يد العامل من المال فيؤدي إلى أن ينفرد رب المال بجميع الربح وهذا لا يجوز، وإن كان مما لا مثل له فيجب أن يعزلا القيمة التي كانت السلعة وقت عقد القَراض ويجوز أن يكون قيمتها قد زادت قبل تصرف العامل فيستحق جزءاً من الربح قبل التصرف، ويجوز أن يكون قد نقصت فيحتاج أن يتمَّها من حصته من الربح وذلك يؤدي إلى أن يكون من جهته جزء من رأس المال وهذا كله مخالف لموضوع عقد القراض، فإن قيل: يبطل هذا بالدنانير فإن قيمتها تختلف وتزيد وتنقص قلنا: قيمة الدنانير بالفضة لا يختلف وإن زادت قيمتها لعارضٍ فالزيادة يسيرة لا حكم لها.

فإن قيل: أليس جوَّزتم الشركة فيما له مثل من الحبوب والأدهان [١١١/أ] فما

---

(١) أخرجه البيهقي في «معرفة السنن» (٤/ ٤٩٩).

(٢) انظر الأم (٣/ ٦١، ٦٢).

الفرق؟ قلنا: الفرق أن الشريكين إذا عزلا رأس المال عند المفاصلة، فإن كانت قيمتها زائدة فالزيادة لهما، وإن كانت ناقصةً فالنقصان عليهما فلا يؤدي إلى استبداد أحدهما: بالربح وليس كذلك في القراض فإنه يؤدي إلى استبداد رب المال بجميع الربح على ما بيناه فافترقا.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يجوز القراض في ذوات الأمثال؟ وجهان وليس بشيء.

فرع

قال الشافعي رحمة الله عليه: إذا دفع رجل إلى رجل سبيكة من ذهبٍ أو فضةٍ وجعلها رأس المال في القراض لا يجوز ولفظه في «المختصر» ولا يجوز إلاَّ بالدراهم والدنانير التي هي أثمان الأشياء وقيمتها والسبيكة والنُقرة ليست منها فلا يجوز لأنها متقوّمة ويضمن عند الإتلاف بالقيمة وهو المشهور عن أبي حنيفة، وحكي عنه جوازه في النقرة.

فرع آخر

لا يجوز في الدراهم المغشوشة قليلاً كان الغش أو كثيراً، وقال أبو حنيفة: إن كان الغش أكثر من النصف لا يجوز، وإن كان أقل يجوز لأن الاعتبار بالغالب في الأصول وهذا غلط لأنها مغشوشة فأشبه إذا كان الغش أكثر، وأما اعتبار الغالب لا يصح لأن المقصود مجهول غالباً كان أو مغلوباً.

فرع آخر

لا يجوز في الفلوس وإن تعامل بها بعض أهل البلاد وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وقال محمد: يجوز استحساناً، ويحكى هذا عن أبي حنيفة لأنه ثمن في بعض البلاد وهذا غلط لأنه ليس بثمنٍ غالباً فأشبه الثياب.

فرع آخر

لو دفع إليه شبكةً ليصطاد بها ويكون الصيد بينهما نصفين لم يجز فإن اصطاد كان الصيد له ولصاحب الشبكة أجر مثلها، وكذلك لو أعطاه غزلاً لينسجه وما يحصل من الربح بينهما نصفين لم يجز والثوب لصاحب الغزل وللحائك أجر مثله، وكذلك لو دفع بغلاً إلى رجل وقال: آجره [١١١/ب] فيما ترى واعمل عليه وانقل عليه ما ترى من لبن وطين وغير ذلك فما كان من فضلٍ فهو بيننا فالقراض فاسدٌ والفضل كله لصاحب البغل وللعامل أجر مثله.

فرع آخر

لو دفع إليه كرّ حنطةٍ مضاربةً على أن يشتري به ويبيع فما رزق الله من شيءٍ فهو بينهما كانت المضاربة فاسدةً، فإن اشترى وباع وربح أو خسر فالربح لرب المال والخسران عليه، وللعامل أجر مثله فيما عمل.

فرع آخر

لو دفع إليه عرضاً وقال: بعه فإذا نضَّ ثمنه فقد قارضتك على ثمنه لم يجز، وقال أبو حنيفة: يجوز وهذا غلط لأنه عقدٌ لا يصح على المجهول فلا يصح تعليقه بالشرط كالبيع ولأن ثمنه مجهول فلا يجوز عليه القراض ولأنه عقد مضاربةٍ على دراهم يحصل في الثاني فأشبه إذا قال: قارضتك على دراهم أرِثُها ونحو ذلك.

فرع آخر

لو قال: وكلتك في بيع هذه السلعة وصرف ثمنها في سلعةٍ أخرى وصفها كان التوكيل في البيع صحيحاً وفي التوكيل بالشراء قولان فإن قلنا: يصح فالفرق أن من شرط عقد القراض وجود المال وليس ها هنا مال، وأما الوكالة فعقدها يصح على غير مالٍ لأنه إذا قال: وكلتك في أن تشتري عبداً أو ثوباً ولم يسلم إليه مالاً يصح الوكالة فدل على الفرق.

فرع آخر

لو كان له في يد رجل وديعة فقارضه عليه صح القراض لأنه في يد العامل أمانة فهو بمنزلة كونه في يد ربّ المال ولو كان في يده مال غصبه عليه فقارضه عليه فيه وجهان **أحدهما**: لا يصح لأن مال القراض أمانة وهذا المال في يده مضمون عليه فلا يوجد فيه معنى القراض، **والثاني**: وهو المذهب يصح لأنه مقبوض له كالوديعة، وأما ما ذكره لا يصح لأن الشافعي قال: إذا رهن عنده المال المغصوب يصح، وإن كان مقتضى الرهن الأمانة فكذلك إذا تعدى العامل باستعمال القراض ضمن والقراض [١١٢/أ] بحاله.

فرع آخر

لو أبرأه من ضمانه ثم قارضه عليها قال في «الحاوي»[١]: يجوز وجهاً واحداً لأنه صار وديعة بالإبراء والوجهان إذا لم يصرح بالإبراء وإذا قلنا: إنه باطل فما يحصل من الربح والخسران فلربّ المال لأنه عمل فيه بإذنه.

فرع آخر

إذا قلنا: إنه يصح فيه قال أصحابنا: إذا اشترى شيئاً به للقراض وسلم إلى البائع صح وبرئ من ضمانه لأنه سلمه بإذن صاحبه وقبل تسليمه إلى البائع يكون مضموناً عليه، وقال أبو حنيفة ومالك: يزول عنه ضمان الغصب بنفس عقد المضاربة كما قال في الرهن، وقال في «الحاوي»[٢]: فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: برئ من ضمانه بالعقد لأنه صار مؤتمناً عليه، **والثاني**: لا يبرأ كما لا يبرأ بالارتهان، **والثالث**: ما لم يتصرف فيه فضمانه باقٍ، وإذا تصرف فيه ودفعه في ثمن ما ابتاعه به برئ من ضمانه إن عقد عليه

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣٠٩).
(٢) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣٠٩).

بعينه ولم يبرأ إن عقد عليه في ذمته لأن في التعيين مدفوع إلى مستحقه بإذن مالكه فصار كرده عليه وفيما تعلق بذمته يكون مبرئاً لنفسه فلا يبرأ.

فرع آخر

إذا كان له في ذمة رجل مال فقال له: اعزل المال الذي في ذمتك وقد قارضتك عليه بكذا وكذا فعزل المال لم يصح تعيينه بالدين لأنه لا يجوز أن يكون قابضاً لغيره من نفسه ولا يبرئ ذمته بيده ويكون الدين باقياً في ذمته فإن اشترى شيئاً للقراض نظر، فإن اشتراه بعين المال كان ملكاً له ولم يكن قراضاً لأن المال ملكه فنيّته القراض لا تؤثر في الشراء، وإن اشترى شيئاً للقراض بثمنٍ مطلقٍ ودفع المال فيه اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: يكون المشتري للقراض ويكون قراضاً فاسداً لأنه علقه بشرطٍ وهو عزل المال الذي في ذمته فهو كما لو قال: بع هذا العبد واجعل ثمنه قراضاً وقد برئ من الدين بدفع ثمن ما اشتراه كأنه دفعه بإذن صاحبه وله أجر المثل والربح لرب الدين، ومنهم من قال: وهو الأصح [١١٢/ب] لا يكون قراضاً لا صحيحاً ولا فاسداً وما اشتراه له ولا يصح أن يشتري بنية القراض إلا إذا كان في يده مال القراض وهذا المال الذي في يده، فإذا اشترى وقع الشراء له ويكون الدين باقياً في ذمته وهكذا الحكم إذا قال: قارضتك في الدين الذي عليك، وذكر القاضي الطبري عن ابن سريج أنه قال: هل يصح القراض في الدين الذي عليه؟ وجهان **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: يصح لأنه بمنزلة الوكيل فهو كما لو قال: اشتر لي سلعةً بألفٍ ثم قال: ادفع الألف الذي عليك في ثمنه وهذا غير مشهور.

فرع آخر

لو قال: قارضتك في مالي على فلان وهو ألف على أن تتقاضى وتأخذ ثم تتصرف فيه والربح بيننا كان فاسداً وللعامل أجر المثل في التقاضي والتصرف بعد الأخذ والربح والخسران للآمر وإنما بطل، لأنه شرط عليه عملاً سوى عمل القراض والفرق بين هذه المسألة وبين التي قبلها حيث قلنا: الربح والخسران هناك للعامل أن هناك قبضه من نفسه فاسد لأنه يصير مبرئاً لنفسه بنفسه فعاد الربح إليه لحدوثه من ملكه وها هنا وكيلٌ فيه لرب المال وكان الربح له، ولو كانت المسألة بحالها ولم يشترط عليه أن يقبض بل قال: أنا أقبض وأسلم إليك لم يجز أيضاً لأن رأس المال في القراض يجب أن لا يكون ديناً بل يكون عيناً، ثم إن تبرع العامل بقبضه من فلانٍ وتصرف كان له أجر مثل التصرف دون الأخذ والتقاضي، ولو قال: إذا قبضته فقد قارضتك عليه فهو أفسد لأنه على العقد يحظر غير أنه إذا فعل لا يجب له أجرة القبض والتقاضي لأنه شيء قبل القراض وعلى هذا لو قال: بعني هذه السلعة وخذ ثمنها واجعله قراضاً لم يصح.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على ألف درهم وكان له على رجل ألف درهم ثم قال للذي عليه

الألف: احمل إليه صح، لأنه لا فرق بين أن يعطيه بنفسه وبين أن يأمر غيره ليعطيه.

فرع آخر

لو قارضه على مالٍ [١١٣/أ] مجهول المقدار لم يجز لأنه لا يمكن عزل رأس المال عند المفاصلة، وقال أبو حنيفة: يجوز والقول قول العامل في قدره قال: ولو أقام كل واحدٍ منهما بينة على القدر فبينة رب المال أولى لأنه خارج.

فرع آخر

لو دفع إليه كيسين في كل واحدٍ ألف درهم على أن يكون أحد الألفين قراضاً، **والثاني**: وديعة فيه وجهان **أحدهما**: يجوز ويكون قراضاً صحيحاً لأنه معقود على ألف درهم معلوم لتساوي الألفين، **والثاني**: لا يجوز للجهل بمال القراض من مال الوديعة.

فرع آخر

ينعقد القراض بلفظ القراض وبلفظ المضاربة وبما يؤدي معناه لأن المقصود هو المعنى فجاز بما دل عليه كالبيع يجوز بلفظ التمليك.

فرع آخر

لا يجوز إذا كان مال القراض دراهم أن يشتري بالدنانير لأن الشراء بغير مال القراض خارجٌ عن القراض ويكون الشراء للعامل، ولكن يجوز إذا كان المال دراهم وكان الشراء بالدنانير أوفق أن يبيع الدراهم بالدنانير ثم يشتري حينئذ بالدنانير.

مسألة(١): قال: «وإن قارضَهُ وجعل رب المال معه غلامهُ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا قارض مع رجل وشرط رب المال معه غلامه على أن ما رزق الله تعالى من الربح يكون بينه وبين العامل والغلام أثلاثاً نص الشافعي على جوازه وبه قال أبو حنيفة، واختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة فمنهم من قال: أراد شرط لعبده ثلث الربح ولم يشترط عمله مع العامل لأن من شرط القراض أن يكون العمل من واحدٍ والمال من آخر، ولا يجوز أن يشترط رب المال عمل نفسه وعمل عبده منزلة عمله فلا يجوز اشتراطه فإذا كان كذلك فما شرطه للعبد يكون للسيد لأن العبد لا يملك شيئاً فكأنه شرط لنفسه ثلثي الربح وللعامل الثلث وهو الظاهر من كلام الشافعي ها هنا وفي «الأم» لأنه لم يشترط عمل العامل فيها ولم يذكره بوجهٍ وهذا هو الصحيح هكذا ذكره [١١٣/ب] القاضي أبو حامد والقاضي الطبري. وقال أبو إسحاق وابن سريج وجمهور أصحابنا: أراد به شرط عمل الغلام معه ليكون عوناً له على تصرفه ويكون عمل العبد تابعاً للعامل يرجع إليه ويعمل برأيه وتدبيره فيدخل على طريق التبع ويخالف ان يشترط عمل رب المال لأنه لا يجوز أن يدخل تابعاً للعامل في تدبيره وماله.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٦١).

فرع

لو شرط أن يكون المال في يد غلامه أو يعمل برأيه لا يجوز لأنه لم يتكامل تسليط العامل على المال، وكذلك لو قال: أنا أحفظ المال وكلما اشتريت أديت الثمن من عندي لا يجوز، وقال في «الحاوي»[١]: إذا قال: المال بيدي أو مع وكيلي فأنت المتصرف فيه بالبيع والشراء فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز لما ذكرنا، **والثاني**: يجوز لأنه مطلق التصرف في العقود فجاز أن يستوثق بغيره في حفظ المال.

فرع آخر

لو جعل عليه مشرفاً فإن ردَّ إلى المشرف تدبيراً أو عملاً لا يجوز لأن العامل فيه محجور عليه، وإن ردَّ إليه مشارفة عقوده ومطالعة عمله من غير تدبير ولا عمل فيه وجهان كما مضى لأنه حافظ.

فرع آخر

قال ابن سريج تفريعاً على مسألة العبد: لو دفع إليه ألفاً قراضاً وبهيمة يستعين بها في ركوبه وينقل المتاع عليها جاز ويكون على سبيل الإعانة منه له، وكذلك لو دفع إليه مالاً في كيسٍ وقال: انتفع بالكيس جاز.

فرع آخر

لو شرط لنفسه ثلث الربح والثلث للعامل والثلث لغلام العامل جاز ويكون الثلثان للعامل.

فرع آخر

لو قال: ثلث الربح لي، وثلث لدابتي، وثلث لك فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز، **والثاني**: إن تقارا أنه أراد لنفسه وأضاف إلى دابته يجوز.

فرع آخر

لو شرط ثلث الربح لأجنبي كزوجة رب المال أو صديقه أو مكاتبه نظر، فإن شرط عمل الأجنبي مع العامل جاز وصار كأنه قارض مع نفسين، وإن لم يشترط عمل الأجنبي لم يجز لأن الربح في القراض [١١٤/أ] يستحق لمالٍ أو عملٍ وهذا خارج عنهما.

فرع آخر

لو قال: الثلث لي والثلثان لك وتدفع الثلث إلى امرأتك أو إلى فلان فإن أوجب ذلك عليه كانت المضاربة فاسدة قياساً على ما قال الشافعي فيمن اشترى شيئاً على أن يهب بعضه كان الشرط باطلاً، وإن لم يوجب ذلك عليه إلا أنه جعل للعامل ثلثي الربح

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣١١).

على أن يعطي هو امرأته النصف كانت المضاربة جائزة وثلثا الربح للعامل فإن شاء أعطى امرأته، وإن شاء منعها قياساً على ما قال الشافعي في كتاب الصداق: إذا نكحها على ألفين على أن تعطي أباها ألفاً جاز والألفان لها ولها الخيار في أن تعطي أباها هبة أو تمنعه.

مسألة(١): قال: «ولا يجوزُ أن يقارضَهُ إلى مدةٍ من المدَدِ».

وهذا كما قال: اختلف أصحابنا في معنى هذه المسألة فمنهم من قال: معناه إذا قال: قارضتك إلى سنةٍ على أن لا يجوز لواحدٍ منهما فسخه والرجوع فيه في أثناء السنة لا يجوز لأن موضوع هذا العقد على أنه جائزٌ يفسخ متى شاء، فإذا شرط خلاف موضوعه بطل، ومنهم من قال: معناه إذا قال: قارضتك إلى سنةٍ فإذا مضت السنة لا يجوز لك أن تتصرف فيه بالبيع والشراء فهذا لا يجوز خلافاً لأبي حنيفة وهذا لأنا إذا منعناه من البيع منعناه من حقه من الربح لأن الربح لا يظهر إلا بالبيع ويخالف المساقاة تجوز مع ضرب المدة لأنها بالإجارات أشبه، ولهذا كانت لازمةً ولا يجوز مطلقاً بخلاف القراض ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا له فيه منفعة فيفسد، ولو قال: قارضتك إلى سنةٍ فإذا انقضت السنة، فإن كان في يدك متاع فبعه، وإن كان في يدك ناض فلا تشتر شيئاً كان جائزاً لأن هذا مقتضى عقد القراض وحكى أبو الطيب الساوي فيما علقه من الزيادات على الشرح عن أبي إسحاق: يبطل القراض ها هنا لأنه عقد عقداً وشرط حله فهو كما لو تزوجها على أن يطلقها وليس بشيء لما ذكرنا [١١٤/ ب] وإن أراد أن ابتداء العقد يكون بعد مضي شهر لا يجوز لأنه علق العقد بمضي وقتٍ.

فرع

لو قال: خذ هذا المال قراضاً ما أقام العسكر أو إلى قدوم الحاج فإن شرط لزومه في هذه المدة كان باطلاً، وإن شرط فسخه بعدها في الشراء دون البيع فيه وجهان **أحدهما**: يجوز لأن لهما ذلك كما لو قال: إلى شهر على هذا المعنى، **والثاني**: لا يجوز لأن لجهالة المدة قسطاً من الغرر وتأثيراً في الفسخ.

مسألة(٢): قال: «ولا أنْ يشترطَ أحدهُمَا على صاحبِهِ درهماً ينفردُ بهِ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: قارضتك في هذا المال على أن ما رزق الله تعالى من الربح يكون لي منه درهم وما بقي يكون بيننا نصفين لم يجز، لأنه يجوز أن يكون جميع الربح درهماً واحداً فيؤدي إلى أن ينفرد بالربح، وكذلك لو قال: الدرهم لك والباقي بيننا، ولو قال: الثلث لي والباقي بيننا نصفين جاز لأن الأجزاء معلومة وتقديره الثلثان

---

(١) انظر الأم (٣/ ٦١).

(٢) انظر الأم (٣/ ٦١).

لي والثلث لك، ولو شرط رب المال على العامل أن يوليه سلعةً وصفها لا يجوز. والتولية أن تدفع السلعة التي اشتراها إليه بالثمن الذي اشتراها به وهذا لأنه يجوز أن يكون الربح في هذه السلعة فيؤدي إلى انفراده بجميع الربح، ولو قال: قارضتك في هذا المال على أنك إذا اشتريت ما يصلح لكسوتي من العمامة أو الطيلسان أو غير ذلك أعطيتني حتى ألبسه في جدَّته ثم أرده عليك فلا يجوز لأنه يجوز أن يكون فيها من الربح مقدار استعماله ولبسه ليؤدي إلى انفراده بجميع الربح، وكذلك لو شرطا أن يرتفقا معاً لا يجوز أيضاً وصور الشافعي المسألة إذا شرط أحدهما: لأنه أظهر الأحوال، ولو شرط أن لا يشتري إلا من فلانٍ بعينه لا يجوز لأنه يجوز أن لا يبيعه فلان أو يغالبه في الثمن أو تنقطع السلعة عنده فيكون الشرط مانعاً من طلب الربح في مال القراض فلم يصح وبه [١١٥/أ] قال مالك.

وقال أبو حنيفة: يجوز لأنه يجوز في نوعٍ خاصٍ وكذلك في رجلٍ خاص وهذا غلط لما ذكرنا، وحكي عن الماسرجسي أنه قال: إن كان هذا الفلان بيِّعاً يكثر المتاع عنده ويحمل التجار عنه ولا ينقطع المتاع عنده في العادة يجوز لأن الظاهر أنه يتمكن من طلب الربح والفضل فيه ولا أعرف هذا لغيره من أصحابنا، وقال القاضي الطبري: هذا الذي قاله صحيح، ولو شرط أن لا يتجر إلا في سلعة واحدة بعينها كان باطلاً خلافاً لأبي حنيفة وهذا لأن صاحبها ربما لم يبعها، وإذا باعها واشتراها ثم باعها لا يمكنه شراءها منه فلا يمكنه التصرف وطلب الربح من جهته.

فرع

لو شرط أن يتجر في صنفٍ مخصوصٍ من المال لا ينقطع في الشتاء والصيف مثل الدقيق والطعام والتمر والثياب جاز لأنه قد يحسن التجارة في هذا الصنف دون غيره، ولو شرط أن يتجر في نوعٍ يوجد في بعض السنة مثل الرطب أو الخيار أو البطيخ ونحو ذلك يجوز وهو اختيار أبي حامد وهو الأصح لأنه عام الوجود في وقته فهو بمنزلة سائر السلع وتعلقه بمدة لا يضر لأنا بينا أن تعليق عقد القراض بمدةٍ جائز إذا لم يكن ممنوعاً من بيع المتاع الحاصل في يده، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز لأن الشافعي اشترط بقاؤه في الصيف والشتاء ولأنه يصير بمنزلة العقد المطلق بمدةٍ فلا يجوز وهذا اختيار القفال قال: لا يجوز إلا أن يقول: تتصرف في الرطب في وقته فإذا انقضى وقته تتصرف في كذا فيجوز حينئذ.

وقال في «الحاوي»[١]: إن قارضه فيه في غير أوانه لم يجز، وإن قارضه في أوانه جاز، ثم إذا انقطع فيه وجهان **أحدهما**: بطل بانقطاعها، **والثاني**: بقي على حاله في كل عامٍ أتت فيه تلك الثمرة فيتجر فيها بالعقد الأول.

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣١٦).

فرع آخر

لو كان القراض في نوعٍ موجود في كل الزمان فانقطع في بعض الزمان لقلته أو عزته فالقراض على حاله وجهاً [١١٥/ب] واحداً، وكذلك إن انقطع لجائحةٍ لأن العقد قد كان ممكن الاستدامة.

فرع آخر

لو أذن في جنسٍ لا يعم وجوده كلحم الصيود ببغداد ونحو ذلك مما يوجد نادراً فالقراض باطل، وكذلك لو أذن في العود الرطب أو الياقوت الأحمر أو الخيل البلق أو العبيد الخصيان لا يجوز سواء وجده أو لا لأنه كان على غير ثقةٍ من وجوده إلا أن يكون في مكانٍ يوجد ذلك فيه غالباً فيجوز.

فرع آخر

لو قال: اتجر في البز له أن يتجر في القطن والكتان والإبريسم والصوف الملبوس، ولا يجوز أن يتجر في البسط والفرش، وهل يجوز أن يتجر في الانبات والأكسية؟ وجهان **أحدهما**: يجوز لأنها ملبوسة، **والثاني**: لا يجوز لخروجها عن اسم البز عرفاً ولا يقال لبائعه: بزازاً بل يقال: كسائي.

فرع آخر

لو أذن له أن يتجر في الطعام اقتصر على الحنطة، وقال محمد: يجوز في الدقيق أيضاً.

فرع آخر

قال أبو حنيفة: لو قال: خذه على أن تتجر به في الحنطة لم يجز في غيرها، ولو قال: خذه واتجر به في الحنطة جاز أن يتجر به في غيرها لأنه مشورة منه وعندنا هما سواء لأنه في الحالين غير آذنٍ فيما سوى الحنطة.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على هذا المال لتشتري به نخيلاً أو دواب وتحبس وفاءها وما تحصل من الثمن أو النتاج يكون بيننا نصفين لا يجوز، لأن عقد القراض موضوع على طلب الربح بالتصرف من البيع والشراء والثمرة والنتاج نماءٌ يحصل من غير التصرف وكان مخالفاً لعقد القراض فلا يجوز، وكذلك لو قال: اشتر عقاراً للأجرة لا يجوز.

فرع آخر

لو دفع إليه ألفين مختلطين فقال: اعمل فيهما على أن يكون لي ربح أحد الألفين ولك ربح الألف الآخر فالقراض فاسد، قال أبو ثور: يصح وهو قول أبي حنيفة لأنه لا فرق بين أن يشترط [١١٦/أ] نصف ربح المال وبين أن يشترط ربح نصف المال وهذا غلط لما ذكرنا أن من شأن القراض أن يشترك رب المال والعامل في ربح جميعه، وقد

شرط ها هنا أن ينفرد كل واحدٍ بربح بعضه كما لو كان الألفان متميزين.

فرع آخر

لو أبضع رب المال عامله في مال القراض بضاعةً لنفسه يختص بربحها جاز، وقال مالك: لا يجوز، وإن كان من غير شرط لأنه كالمعمول عليه بالشرط وهذا خطأ لأنه تطوع كما لو أبضعه شراء ثوبٍ يكتسيه أو طعامٍ يقتاته.

فرع آخر

إذا كان القراض فاسداً فتصرف فيه فربح أو خسر فالربح لرب المال والخسران عليه وللعامل أجر مثله لأنه لم يشرع في العمل متبرعاً، ولا فرق بين أن يكون أجر مثله مثل المشروط أو أقل منه أو أكثر لأن الفساد الواقع في أصل العقد يوجب الرجوع إلى المثل قليلاً أو كثيراً وهذا الربح يطيب لرب المال لأن الفساد وجد في أصل العقد لا في العقود التي باشرها العامل، وقال مالك: إن كان في المال ربح له الأجرة، وإن لم يكن ربح فلا أجرة له وهذا غلط لأن عمل العامل كان في مقابلة المسمى فإذا لم تصح التسمية وجب رد عمله عليه وذلك غير ممكن فيلزم له أجرة المثل كما في الإجارة الفاسدة، وحكى أصحاب مالك عنه أن له قراض المثل يعني يجب له ما تقارض به مثله وهذا غير مشهور.

مسألة(١): قال: «ولو سافرَ بمالِ القراضِ كانَ لهُ أن يكتري».

الفصل

وهذا كما قال: إذا تصرف في مال القراض لم يخل من أحد أمرين إما أن يتجر فيه حضراً أو سفراً فإن اتجر حضراً فعليه أن يعمل بنفسه ما جرت العادة أن يعمله رب المال في ماله من شراء الثوب وطيّه وتقليبه على من يشتريه [١١٦/ب] وعقد البيع وقبض الثمن وشد الكيس وختمه، وما لم تجر عادته به كان أن يستأجر من يعمله كالنّداء على الأمتعة ونقل الأمتعة من مكان إلى مكان لأن ذلك من مصالحه، وما لا بد منه في ثمنه وطلب فضله فإن خالف العادة وعمل بنفسه ما كان له أن يستأجر له فلا أجرة له على عمله فيه، وإن لم يعمل بنفسه ما يلزمه بل استأجر من ينوب عنه فعليه ضمان الأجرة وعلى هذا الذي ذكرنا أجرة الوزّان في مال القراض فيما يثقل وفيما يخف كالعود والمسك على العامل أن يزنه بنفسه لأن عادة التجار به جارية، وأما نفقته على نفسه من المأكول والمشروب والملبوس والمركوب ففي خاص ماله لا في مال القراض، فإن خالف فأنفق منه شيئاً فقد تعدى وعليه الضمان وإن شرط أن تكون هذه المؤن من حصته أو المؤن التي ذكرنا أنها من المال تكون من حصة العامل لا يجوز لجواز أن لا يبقى من الربح إلا بقدر ما يذهب في المؤن. وإن كانت التجارة في السفر

(١) انظر الأم (٣/ ٦٢).

فاعلم أولاً أنه ليس له أن يسافر بالمال بغير إذن رب المال كما قلنا في الوديعة.

وقال أبو حنيفة: له أن يسافر به، وقال أبو يوسف: له أن يسافر به إلى حيث لا يلزمه إليه مؤونة وهذا غلط لأن الغالب من السفر الخوف فلا يجوز ذلك، فإن سافر من غير إذنه ضمن، وإن سافر بإذن مالكه فكل ما يعمله رب المال بنفسه في ماله إذا سافر فعليه أن يعمله بنفسه مثل الإشراف على رفع المتاع وجمعه في مكانٍ واحدٍ وإحرازه وليس عليه أن يلي الرفع والحط بنفسه ولا نقله من مكانٍ إلى مكانٍ بل يستأجر من يلي عنه هذا فإن خالف [١١٧/أ] فالحكم ما ذكرنا في الحضر.

وأما نفقته على نفسه من اللباس والمركوب والمأكول والمشروب نقل المزني: وله النفقة بالمعروف، وروى البويطي عن الشافعي أنه قال: وليس للعامل أن يأكل ولا يكتسي من مال القراض في سفر ولا حضر إلا بإذن صاحبه، واختلف أصحابنا فيه قال أبو إسحاق: المذهب ما نقله البويطي أنه ليس له أن ينفق على نفسه من مال المضاربة، ولا نعلم للشافعي في قديم ولا جديد أنه ينفق على نفسه وقوله ها هنا له النفقة بالمعروف أراد به المؤن التي ذكرناها من كراء الجمل والرفع وكراء البيت الذي يحفظ فيه وبه قال أكثر أصحابنا، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: هذا لأنه ربما لم يكن الربح إلا مقدار نفقته فيؤدي إلى الاستبداد بالربح ولأنه استحق نصيبه من الربح بالعمل فلا يستحق شيئاً آخر.

والثاني: له أن ينفق على نفسه من مال القراض وبه قال مالك وأبو حنيفة لأنه سافر لأجل هذا المال فوجب أن تكون نفقته منه كما نقول في كراء الجمل والبيت الذي يحفظ فيه المال ونحو ذلك، وهذه الطريقة اختارها أبو حامد وجماعة وهذا ظاهر ما نقل المزني ولا يجوز تأويله بما ذكره أبو إسحاق لأن ذلك لا يسمى نفقة بل يسمى كراء، فإذا قلنا: له النفقة اختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال: ينفق جميع ما يحتاج إليه من نفقة الحضر والسفر، ومنهم من قال: ينفق ما زاد بالسفر، وأما ما يحتاج إليه من نفقة الحضر فلا تأثير للمال فيها فتجب نفقة مركوبه في سفره وملبوسه المختص بالسفر ونحو ذلك وبه قال مالك وأبو حنيفة وهذا أصح.

وحكي عن مالك أنه قال: له أن ينفق منه ما جرت العادة بمثله لأهل الأسواق وذلك أن يتغذى ولا يرجع للغذاء إلى بيته ويعطي السقاء قطعةً ونحو ذلك ويجوز له ذلك في الحضر أيضاً وعلى هذا هل يجب أن يكون مقدار ما ينفق معلوماً مشروطاً [١١٧/ب] في عقد القراض؟ قولان:

أحدهما: يجب أن يكون مقدار ما ينفق معلوماً مشروطاً في عقد القراض لأن تقديرها أدفع للجهالة. قال المزني في «الجامع الكبير»: والذي أحفظ أنه لا يجوز القراض إلا على نفقةٍ معلومةٍ في كل يومٍ وثمن ما يشتريه ليلبسه في عمله.

والثاني: لا تتقدر لأنه قال ها هنا: وله النفقة بالمعروف ولم تتقدر، وقال ابن سريج: تقدير النفقة ضعيف، وقال أبو إسحاق: تقديرها يتعذر وهو ضعيف جداً لأن

الأسعار تختلف تقل وتكثر والاحتياط للمال أن لا تقدر فإنه إن فضل شيء عن نفقة الرخص استبد به العامل، وقال أبو حامد: لا يلتفت إلى ما حكاه في «الكبير» ولعله خلاف الإجماع وهذا لأنها مؤونة في مال القراض فلا تقدر.

فرع

لا يلزم فيها أجرة الحمام والحجّام ولا ثمن الدواء، وقال أبو حنيفة: له في نفقته أجرة حمامه وحجامه وما احتاج إليه من دوابه وما قرب من شهواته وهذا غلط لأن نفقة الزوجات آكد منها ولا يلزم في مال القراض كذلك هذا، ولأن ذلك لا يختص بسفره ولا بعمله كصداق زوجته.

فرع آخر

لو أقام في سفره مدة انتظار بيع مال القراض وقبض ثمنه فهو كما لو كان في سفره.

فرع آخر

إذا أراد المفاصلة فكل ما حصل في يده من آلة السفر والثياب والكسوة مثل الكساء والسفرة ونحو ذلك ردها إلى المال وباعها كلها، وقال القاضي الطبري: رأيت في كتاب «التهذيب» لابن القفال يقول: في رد الكسوة وجهان كما نقول في كسوة المعتدة على الزوج إذا انقضت العدة هل يلزم الرد؟ قولان.

فرع آخر

لو ادعى العامل قدر النفقة وخالفه رب المال فالقول قول العامل إذا كان محتملاً، وفيه وجه آخر القول قول رب المال وهو من اختلاف الوجهين في ادعاء العامل رد المال على ربه.

فرع آخر

[١١٨/أ] لو سافر من غير إذنه وتصرف في ذلك البلد صح تصرفه إذا لم ينتقص ثمن ما بيع لاختلاف أسعار البلدين، فإن انتقل إلى بلد رخص بأقل مما كان في بلده لا يجوز.

فرع آخر

لو كان معه في السفر ماله مع مال القراض فإن قلنا: لا ينفق من مال القراض كانت نفقته من خالص ماله، وإن قلنا: تلزم نفقته من مال القراض أنفق ها هنا من المالين بالحصة، فإن قلنا: تلزم كل النفقة كانت على قدر المالين، وإن قلنا: تلزم قدر الزيادة للسفر يلزم قدر الزيادة على المالين بالحصة.

فرع آخر

لو سافر بإذن رب المال فاجتمع رب المال والعامل فوجده وقد نضّ فأخذه رب المال منه هناك فهل على رب المال نفقة الرجوع إلى البلد للعامل؟ نصَّ في أمالي

حرملة على قولين **أحدهما**: له مطالبته بها لأنه إنما سافر بإذنه ليذهب ويرجع إلى بلده، **والثاني**: لا نفقة له لرجوعه لأن عقد القراض قد زال فأشبه إذا مات العامل لا يجب على رب المال دفنه وهذا مبني على ما مضى فإن قلنا: ينفق لذهابه ينفق لرجوعه أيضاً، وإن قلنا: لا ينفق لذهابه لا ينفق لرجوعه. واعلم أن الشافعي رحمة الله عليه صوَّر جواز استئجار الأجير في حالة السفر دون حالة الإقامة، وقد بينا أنه لا فرق فيما لا يعمل بنفسه في العادة وإنما صوَّر في حالة السفر لأن الحاجة إلى الأعوان أكثر هناك وهي أظهر الحالتين.

مسألة(١): قال: «ومَا اشترى فلهُ الردُّ بالعيبِ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى المضارب معيباً له الرد بالعيب لأن رب المال فوض إليه الاجتهاد وإقامة مقام نفسه وهذا إذا كان الخط في الرد، فإن كان فيها مع العيب فضل وربح ظاهر ليس للعامل أن يرد ولا لرب المال أن يرد أيضاً لأن لكل واحدٍ منهما حقاً، فإن اجتمعا على الرد جاز لأن الحق لهما وإن اختلفا في النظر نظر الحاكم فيما فيه الحظ والنظر وقد بينا في كتاب الوكالة أن له أن يشتري المعيب بخلاف الوكيل وذكرنا [١١٨/ب] الفرق بينهما.

مسألة(٢): قال: «وإنِ اشترى وباعَ بالدَّين فضامنَ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا نص رب المال للعامل على صفة التصرف فقال: بع بثمن مثله وبأقل وبأكثر نقداً أو نساءً بنقد البلد وبغير نقده كان له ما نص عليه، وإن أطلق فلا يجوز إلا بثمن المثل نقداً بنقد البلد كما قلنا في الوكيل خلافاً لأبي حنيفة.

فرع

لو خالف ما ذكرنا لا يخلو إما أن يبيع بدين أو يشتري بدين فإن باع بدين كان باطلاً فإن سلم السلعة إلى المشتري صار ضامناً لها، فإن كانت باقية أخذها، وإن كانت تالفة رجع إليه بقيمتها وله تضمين العامل والمشتري واستقرار الضمان على المشتري، وإن اشترى وهو أن يسلم في طعام أو ثياب لا يخلو إما أن يكون بعين مال القراض أو في الذمة بشرط أن يوفي الثمن من مال القراض أو في الذمة مطلقاً، فإن كان بعين مال القراض فالشراء باطل ولا يجوز له تسليمه إليه فإن سلمه استرجعه على ما بيناه، وإن كان في الذمة بشرط أن يوفيه الثمن من مال القراض فالشراء باطل كما لو عينه، وإن كان في الذمة مطلقاً يلزمه الشراء ويوفر الثمن من مال نفسه ولا يقبل قوله أنه كان اشتراها بمال القراض فإن فيه إفساد البيع على البائع وذلك لا يقبل منه، وإن ذكر أنه

---

(١) انظر الأم (٣/ ٦٢).

(٢) انظر الأم (٣/ ٦٢).

يشتريه لرب المال فيه وجهان واختار أبو إسحاق أنه يصح الشراء للعامل لأن الشراء يصح أن يقع له فإذا سمى فيه غيره بغير إذنه بطلت التسمية ووقع له بخلاف البيع لأنه لا يصح أن يقع له، والأقيس أنه يبطل ولا ينفذ على العامل أيضاً لأنه عيَّن الشراء له فلا ينصرف إلى غيره.

فرع آخر

لو باع بدون ثمن المثل وكان الغبن في العادة عشرة في مائة فباع بخمسين وتلف فإن طالب المشتري يطالبه بكل القيمة، وإن طالب العامل فيه قولان **أحدهما**: يطالبه بكل القيمة، **والثاني**: يطالبه بما انحطَّ عما لا يتغابن الناس بمثله وهو التسعون لأنه هو الذي تعدى [١١٩/أ] فيه ويضمن الباقي المشتري وقد ذكرنا نظيره في الرهن.

فرع آخر

لو نهاه عن البيع والشراء بالتقدم لا يلزم العامل لما فيه من التغرير بخلاف الوكيل وصار عقد القراض باطلاً بهذا الشرط.

فرع آخر

لو قال للعامل: اعمل فيه برأيك لم يجز له أن يتصرف نساء لأن عمله برأيه ينصرف إلى تدبيره واجتهاده في وفور الأرباح والتماس النماء دون النَّساء نص عليه في «الأم» قال أصحابنا: وكذلك لو قال: اصنع ما شئت، وافعل ما ترى كان كالمطلق.

فرع آخر

لا يجوز له مع إذن النَّساء أن يشتري ويبيع سلماً لأن عقد السلم أكثر غرراً من النَّساء في الأعيان، فإن أذن له في الشراء سلماً جاز، وإن أذن له في البيع سلماً لم يجز، والفرق بينهما أن وجود الحظ غالباً في الشراء وعدمه في البيع والمقصود منه طلب الحظ.

فرع آخر

لو قارضه على مالٍ وأذن له في الشراء بالنّساء لم يكن له أن يشتري شيئاً بأكثر من مال القراض قدراً لأن ما زاد عليه خارج منه.

مسألة(١): قال: «وهو مُصَدَقٌ في ذهابِ المالِ مع يمينه».

وهذا كما قال: العامل أمين في المال الذي في يده فإن تلف من غير تفريط لا ضمان عليه، وإن ادعى التلف فالقول قوله إذا احتمل وإن لم يحتمل مثل أن يدعي قطع الطريق ولم يعرف في ذلك السفر قطع أو قال: خسرت خمسمائة من جملة الألف في ساعة واحدة بعد قبض المال لا يقبل، وهل يصدق في دعوى رد المال؟ قد ذكرنا فيما مضى والصحيح أنه يقبل لأن معظم المنفعة فيه لرب المال فهو كالوديعة. واعلم أن

---

(١) انظر الأم (٣/ ٦٢).

الشافعي عطف هذا على ما تقدم فضامن إلا أن يأذن له فإذا صار ضامناً ثم ادعى التلف لم يكن مصدقاً فنقول: لم يقصد رد العطف إلى هذا الفصل على التخصيص بل رده إلى أصل الكتاب فبيَّن أن العامل في الأصل أمين كسائر الأمناء.

مسألة[١]: قال: «وإنِ اشترى منْ يعتقُ على ربِّ المالِ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى العامل أبا [١١٩/ب] رب المال لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون اشتراه بعين مال القراض، أو اشتراه في الذمة للقراض، فإن اشتراه بعين مال القراض فالشراء باطل لأنه اشترى ما لم يتناوله إذن رب المال لأنه إنما أذن له في شراء ما يجوز له التصرف فيه وطلب الربح من جهته وهذا لا يمكن في هذا العبد لأنه يعتق على ابنه ويحل ذلك محل ما لو أذن له في صنفٍ من المال فاشترى غيره بعين مال القراض كان الشراء باطلاً لأن إذنه لم يتناوله فكذلك ها هنا.

وإن اشتراه في الذمة كان الشراء له ولزمه ثمنه من سائر ماله فإن نفذ مال القراض ضمن هذا إذا اشتراه من غير إذن رب المال، فإن اشتراه بإذنه لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون في المال فضل أو لا فضل فيه، فإن لم يكن فيه فضل عتق العبد ونظر فيه فإن لم يستغرق جميع مال القراض انفسخ القراض في مقداره وصح في الباقي وإن استغرق جميع مال القراض فإن عقد القراض ينفسخ في الجميع، وإن كان في المال فضل كان العتق من رأس المال ويكون بمنزلة ما لو أخذ بعض المال كان من رأس المال فإن لم يستغرق جميع رأس المال انفسخ القراض في مقداره وبقي الباقي صحيحاً والربح يكون بينهما، وإن استغرق مقدار رأس المال انفسخ القراض واقتسما الربح بينهما، وإن استغرق جميع رأس المال والربح.

فإن قلنا: العامل لا يملك شيئاً من الربح فقد عتق العبد لأن جميع المال كان على ملك رب المال وإن قلنا: العامل يملك حصته من الربح، فإن كان علم أنه أبوه فاشتراه عتق جميعه عليه لأنه اشتراه لأجله، وإذا اشترى الإنسان بماله لغيره أباه بإذنه عتق عليه كذلك ها هنا، وإن كان لم يعلم بأنه أبوه واشتراه بإذنه يعتق عليه بمقدار ملك رب المال منه وما هو ملك للعامل لا يعتق إلا أن يكون لرب المال مال غيره فنقوّمه عليه ونعتقه بالقيمة، ولو لم يكن في المال ربح ولكنه لما اشترى العبد بالألف كان يساوي ألفين في الحال فالحكم [١٢٠/أ] هكذا.

وقال في «الحاوي»[٢]: هل يكون عقد ابتياعه داخلاً في عقد قراضه أم لا؟ فيه وجهان **أحدهما**: قاله أبو حامد: أنه داخلٌ فيه وإنما خرج منه بعد العتق بحكم الشرع فعلى هذا إن لم يكن في ثمنه فضل لو كان على رقه فلا شيء للعامل فيه، وإن كان فيه

---

(١) انظر الأم (٣/ ٦٢). (٢) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣٢٣).

فضل رجع العامل على رب المال بقدر حصته من فضله، **والثاني**: وهو الصحيح أنه غير داخل في عقد قراضه لخروجه عن حكمه فعلى هذا يكون للعامل في شرائه أجرة مثله سواء كان في ثمنه فضل أو لم يكن لأنه دخل في شرائه على عوضٍ منه فصار كالمشتري فرق بين القراض الفاسد، ولو اشترى العبد المأذون له في التجارة أبا سيده لا يخلو من ثلاثة أحوال إما أن يكون أذن له فيه، أو نهاه، أو أطلق الإذن في التصرف، فإن كان أذن له في شراء أبيه صح الشراء وعتق الأب عليه وإن نهاه عنه فاشتراه لا يصح الشراء قولاً واحداً، وإن كان قد أطلق له الإذن فيه قولان: **أحدهما**: يجوز، **والثاني**: لا يجوز نص عليهما في كتاب الدعوى والبينات ونص ها هنا أنه يجوز قال أبو إسحاق: ولا فرق بين أن يكون الشراء في الذمة أو بعين المال، وجه الأول أن العبد لا يشتري لنفسه وإنما يشتري لسيده فحسب فإذا أطلق الإذن كان إذناً في جميع ما يصح شراؤه فإذا لم يستثن أباه كان إذناً في شرائه وشراء غيره ويخالف العامل فإنه يشتري لنفسه ولرب المال لأجل القراض فلم يحتج رب المال معه إلى استثناء ما يؤدي إلى تلف ماله، فإن اشترى ما يحل له التصرف فيه وإلا كان الشراء لازماً له والعبد المأذون له في التجارة لا ذمة له ولا يشتري إلا لسيده، فإذا لم يستثن ما يؤدي إلى عتقه عليه كان الإذن المطلق متناولاً له. ووجه القول الثاني وهو الأصح، واختاره المزني أن إذنه تناول شراء ما يحل له التصرف فيه فلا يتناول من يعتق عليه كالعامل في القراض.

وقد قال المزني: لأنه لا ذمة له وهو غير مستقيم لأن للعبد ذمة، وإن لم يكن مأذوناً فكيف إذا كان مأذوناً؟ والتعليل [١٢٠/ب] الصحيح ما ذكرنا وهو معنى قول الشافعي لأنه مخالف ولا مال له أي: ليس كعامل القراض يمكن صرف الشراء إليه لأن له مالاً بخلاف المأذون وهذا إذا لم يكن عليه دين، فإن كان عليه دين من جهة التجارة، فإن كان قد نهاه عن شرائه فالشراء باطل، لأنه لو لم يكن عليه دين كان باطلاً فكيف إذا كان عليه دين، وإن كان قد أطلق الإذن؟

فإن قلنا: إذا لم يكن عليه دين لا يصح فإذا كان عليه دين أولى أن لا يصح.

وإن قلنا: هناك يصح فهل يصح الشراء ها هنا؟ قولان: **أحدهما**: يصح ويباع العبد ولا يعتق، **والثاني**: يبطل الشراء وهذا أحسن قاله أبو إسحاق، وقال ابن أبي هريرة: وجهان: **أحدهما**: لا يصح، **والثاني**: يصح ويعتق ويكون دين الغرماء في ذمة السيد فحصل ثلاثة أوجه **أحدها**: يبطل الشراء، **والثاني**: يصح الشراء ولا يعتق، **والثالث**: يصح ويعتق والدين في ذمة السيد وهذا مثل الراهن إذا أعتق المرهون هل ينفذ؟ قولان.

وقال أبو حنيفة: إن لم يكن السيد دفع إليه المال بل أذن له بالتجارة صح الشراء وعتق على مولاه، وإن كان دفع إليه مالاً لم يصح الشراء كما في المضاربة وهذا غلط لأنه إذن مطلق في الشراء فلا يتناول من يعتق على الإذن كما لو دفع إليه المال، وإن اشترى العامل أبا نفسه لا يخلو إما أن يكون في المال ربح أم لا، فإن لم يكن فيه ربح

صح الشراء وملك رب المال لأن العامل وكيل في الشراء له فصح أن يكون وكيلاً في شراء أبيه له فإن بيع هذا العبد قبل أن يظهر في المال ربح فلا كلام، وإن بقي في يده حتى ظهر فيه ربح فهل يعتق على العامل شيء منه؟ فيه قولان بناءً على وقت ملك العامل حصته وفيه قولان فإن قلنا: يملك بالقسمة فلا يعتق شيء منه عليه، وإن قلنا: يملك بالظهور فهل يعتق عليه قدر حصته منه؟ وجهان **أحدهما**: لا يعتق لأنه لم يستقر ملكه عليه لأنه وقاية للمال، **والثاني**: يعتق فعلى هذا ينظر، فإن كان العامل موسراً قوّم عليه نصيب رب المال وعتق كله بالثمن الذي اشتراه به لا بقيمته، وإن كان معسراً عتق نصيبه واستقر الرق [١٢١/أ] في نصيب رب المال وانفسخ القراض في ذلك القدر لأنه قد تبين نصيب العامل منه هكذا قال أصحابنا.

وقال في «الحاوي»[١]: انفسخ القراض به في جميع المال بكل حالٍ بخلاف ما لو اشترى أب رب المال بإذنه بطل من القراض بقدر ثمنه، والفرق أن أبا رب المال محسوب عليه من رأس المال فبطل من القراض بقدره ولم يبطل جميع عقده وأب العامل محسوب عليه من ربحه فسواء كانت حصته من الربح بقدر ثمنه أو أكثر يبطله لأن أخذ بعض الربح كأخذ كله في الفسخ، وإن كان في المال ربح فإن قلنا: لا يملك الربح بالظهور وهو الذي نص عليه ها هنا أو قلنا: يملك بالظهور ولا يعتق عليه صح الشراء، وإن قلنا: يملك ويعتق عليه فهل يصح الشراء؟ وجهان **أحدهما**: يصح لأنهما شريكان في المال وأحد الشريكين إذا اشترى من يعتق عليه صح شراؤه، **والثاني**: لا يصح لأنه يؤدي إلى تنجز حق العامل قبل رب المال ولأنه إذا عتق بعضه نقص قيمته فيستضر به رب المال، فإذا قلنا: الشراء باطل، فإن كان بعين المال بطل، وإن كان في الذمة وقع الملك له دون رب المال ويعتق، وإن قلنا: الشراء صحيح عتق قدر نصيبه منه، فإن كان العامل موسراً قوّم عليه ما بقي، وإن كان معسراً عتق عليه قدر نصيبه واستقر الرق في نصيب رب المال، واختار المزني أنه لا يعتق على القولين معاً واحتج بأنه لا يملك من الربح شيئاً إلا بالقسمة مما ذكرنا في كتاب الزكاة فلا نعيده.

فرع

إذا كان رب المال في القراض امرأة فاشترى العامل زوجها، فإن كان بإذنها صح الشراء وكان القراض بحاله لأنه لا يعتق عليها وينفسخ نكاحها، وإن كان بغير إذنها فالمنصوص في «الإملاء» أن الشراء فاسد لأن الإذن يتناول شراء ما لها فيه حظ ولا حظ لها في شراء زوجها لأنها تستضر به في فسخ النكاح وارتفاع حقها من النفقة والكسوة، فهو كما لو اشترى من يعتق على رب المال، ومن أصحابنا من قال: يصح الشراء وبه قال أبو حنيفة [١٢١/ب] لأنه اشترى ما يمكنه طلب الربح فيه فإن قلنا: لا

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣٢٤).

يصح الشراء فالحكم ما ذكرنا إذا اشترى من يعتق على رب المال.

مسألة(١): قال: «ومتى شاءَ ربُّهُ أخذَ مالَهُ قبلَ العملِ وبعدَهُ».

وهذا كما قال: عقد القراض عقدٌ جائز غير لازم وأيهما أراد فسخه كان له، فإذا فسخه أحدهما، فإن كان المال ناضاً سلم العامل رأس المال إليه، وإن كان سلعةً لم يكن له منع العامل من بيعها لاح فيه ربح أو لم يلح لأنه قد يجد راغباً يزيد في ثمنه اللهم إلا أن يقول رب المال للعامل: أنا أعطيك القيمة بقول المقومين فلا يكون للعامل البيع.

وقال في «الحاوي»(٢): إن كان لا يرجو في ثمنه فضلاً ولا يأمل ربحاً يمنع من بيعه، وإن كان يرجو فضلاً لا يمنعه من بيعه، ولو بذل رب المال له حصته من ربحه ومنعه من بيعه فهل له بيعه؟ وجهان مخرجان من قوله في السيد إذا بذل قيمة العبد الجاني وامتنع من بيع العبد ولا يفي بالأرش هل له ذلك أم لا؟ وهذا لأنه ربما يزيد راغبٌ في ثمنه فيكون البيع أوفق له من التقويم، ولو دعاه رب المال إلى البيع وامتنع، فإن كان امتناعه لغيره تركٌ لحقه منه أجبر على بيعه لتنقطع علقته منه، وإن كان امتناعه تركاً لحقه منه فيه وجهان **أحدهما**: لا يجبر على بيعه لأن ذلك يلزم لحقيهما وها هنا يبطل أن يكون حقاً لهما، **والثاني**: يجبر على بيعه وهو الأصح لأن رد أصل المال مستحق عليه كما أخذه.

فرع

لو كان المال ديناً مثل إن كان رب المال أذن له بالبيع نساءً فإن على العامل الاقتضاء سواء كان في المال ربح أو لا ربح فيه، وقال أبو حنيفة: إن كان في المال ربح كان عليه أن يقتضيه، فإن لم يكن فيه ربح لا يلزمه ذلك وهذا غلط لأن ذلك مقتضاه رد رأس المال على صفته والدين لا يجري مجرى العين فهو كما لو كان عرضاً يلزمه بيعه.

فرع آخر

إذا ادعى العامل ظهور الربح في المال وطالبه بالقسمة لم يجبر المالك عليها ما لم [١٢٢/أ] يعترف بظهور الربح أو يتحاسبا فيظهر لهما الربح، ولا يلزم رب المال أن يحاسبه إلا بعد حضور المال لأنه قد لا يصدق فيما يجبر به من وفوره أو سلامته، فإذا حضر المال تحاسبا فإن ظهر ربح تقاسما.

فرع آخر

لو رضي رب المال والعامل بالمحاسبة عليه مع غيبة المال عنهما ففي جوازه وجهان **أحدهما**: يجوز لأنه احتياط لهما تركه. **والثاني**: لا يجوز وقيل: إن الشافعي نص عليه

---

(١) انظر الأم (٣/ ٦٣).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣٢٨، ٣٢٩).

في موضعٍ من كتابه لأنهما يتحاسبان على جهالة فلا يجوز.

فرع آخر

إذا أراد العامل بيعه يلزمه بيعه في الحال وليس له إمساكه إلى وقت نفاقه، وقال مالك: إن كان بمكة أو ببلدٍ بها موسم له أن يؤخر بيعه إلى وقت الموسم وهذا غلط لأن حقه معجل فلا يجبر على تأخيره.

فرع آخر

لو تركه العامل إلى رب المال ولا ربح فيه فارتفع السوق وباعه رب المال بربح هل للعامل طلب نصيبه من الربح؟ ظاهر المذهب أنه ليس له ذلك، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان **أحدهما**: ليس له ذلك لأنه ترك حقه وإنما ظهر الربح بعده بفعل رب المال وهو البيع، **والثاني**: له ذلك لأنه ترك حقاً لم يكن حاصلاً ثم ظهر وسبب ظهوره شراء العامل فحقه ثابت وعفوه غير نافذ.

فرع آخر

إذا طلب رب المال أو العامل قسمة الربح مع بقاء عقد القراض وامتنع الآخر لم يجبر عليه لأن لكل واحدٍ منهما غرضاً صحيحاً في الامتناع منه لأن رب المال يقول: الربح وقاية لمالي والعامل يقول: لا آمن أن أخسر فأحتاج إلى رد ما أخذته، فإن اتفقا على القسمة جاز، فإن خسر بعد ذلك كان على العامل أقل الأمرين من نصف الخسران أو جميع ما أخذه من الربح لأن الربح والخسران حصلا في عقدٍ واحدٍ فجبر أحدهما بالآخر.

مسألة(١): قال: «فإنْ ماتَ ربُّ المالِ صار لوارثِهِ».

الفصل

وهذا كما قال: جملته أن القراض يبطل بموت أحد المتقارضين [١٢٢/ب] بلا خلاف لأنه عقد جائز فيبطل بالموت كالشركة، ثم لا يخلو إما أن يموت رب المال أو العامل، فإن مات رب المال انفسخ وقام وارثه مقامه في المال لأن الملك انتقل إليه، ثم لا يخلو إما أن يختار هو والعامل أن يقيما على الفسخ الذي حصل بالموت أو اختار تجديد القراض فإن اختار المقام على ذلك فالحكم فيه كما لو انفسخ بالفسخ، فإن كان المال ناضاً ولم يكن العامل تصرف فيه فهو رأس المال نفسه، وإن كان تصرف فيه فإن حصل ربح فبينهما وإن لم يحصل ربح فالكل لرب المال، وإن كان عرضاً فللعامل بيعه فإذا باع، فإن لم يكن فيه ربح فهو لرب المال، وإن كان ربح فهو بينهما، وإن اختار ابتداء القراض نظر، فإن كان المال ناضاً صح لأنه إن لم يكن ربح فهو تقارض على مال له مفرزٍ، وإن كان ربح فإنه يقارض على رأس المال ونصيبه من الربح

---

(١) انظر الأم (٣/ ٦٣).

فيكون قراضاً على المشاع ويجوز ذلك عندنا، وإن كان المال عرضاً اختلف أصحابنا فيه قال أبو إسحاق: يجوز لأنه إنما لا يجوز ابتداء القراض على العروض وهذا ليس بابتداءٍ بل هو بناءً على أصل القراض الذي عقده رب المال في هذا المال فجاز ذلك ويؤكده أن ملك الوارث في أحكامه مبني على ملك المورث في القديم وفي بعض كتبه الجديد حتى استجاز بناء حول الوارث في الزكاة على حول المورث، فجاز تقرير القراض ها هنا من غير أن يصير المال ناضاً.

قال القاضي الطبري: وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال سائر أصحابنا: وهو اختيار ابن أبي هريرة وأبي حامد وهو القياس لا يجوز ذلك لأن القراض الأول بطل بالموت وهذا ابتداء قراض ثانٍ فلا يجوز بالعرض وما قاله أبو إسحاق ينكسر بما لو دفع مالاً قراضاً فعمل فيه العامل وحصل المال عروضاً ثم تفاسخا القراض ثم أرادا أن يعقدا معه القراض لا يجوز، [١٢٣/أ] وإن كان مبنياً على ما سبق وقول الشافعي: إن رضي ترك العامل على قراضه أراد إذا كان المال ناضاً، وإن مات العامل انفسخ أيضاً ثم إن اختار المالك ووارث العامل ابتداء القراض، فإن كان ناضاً جاز، وإن كان عرضاً لم يجز بلا خلافٍ بين أصحابنا بالعراق، والفرق ما ذكره أبو إسحاق وذلك أن وارث رب المال قد ورث المال وخلفه فيه فكان إقراره إياه على المال بمنزلة الاستدامة فجاز على العرض وليس كذلك وارث العامل لأنه لا يرث شيئاً فلم يجز أن يقر عليه إلا على الوجه الذي يجوز الابتداء وهو أن يكون ناضاً.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا جعل الشافعي أحكام الوارث مبنية على أحكام المورث يحتمل أن يقال: يجوز تقرير القراض بين الوارثين بعد موت المتقارضين من غير أن يصير المال ناضاً ذكره الإمام أبو محمد الجويني وهذا غريبٌ، وقال أيضاً: قال الشافعي: إذا مات المال فإن رضي ترك المقارض على قراضه وإلا فقد انفسخ قراضه، وظاهره أنه لو أراد وارث المال تقرير العامل على ذلك القراض من غير استئناف عقد كان له ذلك، ثم قال: إذا مات العامل لم يكن لوارثه أن يعمل مكانه فظاهره أنه لا يجوز تقريره على القراض بالعقد الأول، ومعلوم أن القراض من الجانبين عقد جائز فالواجب التسوية بين الموتتين، فإن قلنا في رب المال: إذا مات لا يجب الاستئناف ففي العامل يجب أن نقول مثل ذلك وإن قلنا في العامل لا يجوز إلا الاستئناف ففي المالك كذلك فمن أصحابنا من يتأول آخر كلامه على موافقة أوله فنقول: معنى قوله: لم يكن لوارثه أن يعمل إذا لم يرض بعمله رب المال فإن رضي كان له أن يعمل كما قال في موت الملك ووارثه، ومن أصحابنا من يفصل بين الموتتين على ظاهر النصين [١٢٣/ب] فقال: يجوز لوارث رب المال تقرير القراض نازلاً في ذلك منزلة أبيه لأن أصل الملك في هذا الجانب فيخلف الوارث مورثه في حق الملك وليس من جانب العامل أصل الملك فافترقا، وأصحابنا بالعراق قالوا: يفتقر إلى تجديد العقد في كلا الموضعين وهو الصحيح، وقال القفال: تقرير المالك الوارث استئناف عقدٍ، وإن كان بلفظ التقرير ويجوز ذلك.

فرع

إذا مات رب المال فأذن الورثة للعامل بالمقام على القراض وهم يجهلون قدر المال فيه وجهان مخرجان **الأول**: لا يجوز لأنه معقود بمال مجهول، **والثاني**: يجوز لأنه مبتدئ بعقد صحيح ولو مات العامل فأذن رب المال لوارثه بالمقام على القراض وكانا جاهلين بقدر المال لم يجز وجهاً واحداً، والفرق أن المقصود في القراض المال من جهة ربه والعمل من جهة العامل فإذا مات رب المال كان المقصود من الأمرين باقياً فجاز استصحاب العقد المتقدم لبقاء مقصوديه ولم يبطل لحدوث الجهالة فيه وفي موت العامل فقد أحد المقصودين فلا يمكن استصحاب العقد المتقدم فبطل بحدوث الجهالة فيه.

فرع آخر

قد ذكرنا أنه إذا مات رب المال والمال عروض عند موته يجوز للعامل بيعه من غير إذن الورثة، وإن مات العامل لا يجوز لوارثه أن يبيع العروض قولاً واحداً، والفرق أن رب المال رضي بتصرف العامل فثبت ذلك في حق وارثه ولم يرض بتصرف ورثة العامل ولم يأتمنهم على ذلك فلا يجوز لهم أن يتصرفوا فعلى هذا لا يبيع وارث العامل حتى يأذن رب المال به أو يرفعه إلى الحاكم ليأمر ببيعه، وقال بعض أصحابنا: لا فرق بينهما وليس للعامل أن يبيع أيضاً بعد موت رب المال ولا يلزم وارث رب المال أن يمكنه من الانفراد [١٢٤/أ] ببيعه ولا يلزم حكم أمانة مورثه، ولهذا لو كان لمورثه وديعة ولم يعلمه المودع ضمن، وإن كان المالك رضي بأمانته فعلى هذا للوارث أن يمكنه من البيع ويمنعه من قبض الثمن أو يسأل الحاكم أن يأمر من بيعه لأن غرضه تحصيل ربح إن كان فيه دون استحقاقه البيع وهذا حسن.

فرع آخر

لو كان الوارث صغيراً وبطل القراض بموت مورثه يرفع الأمر إلى القاضي حتى يقيم قيّماً للصبي يقاسمه، وكذلك إن كان الوارث بالغاً ولكن على الميت دين أو وصية لا يترك العامل على القراض الأول بل يقاسم حتى يقضي الدين وينفذ الوصية.

فرع آخر

لو كان الميت رب المال ولم يجدد القراض تباع جميع الأعيان للمقاسمة من ثياب أو أداة سفرٍ وغير ذلك مما قل أو كثر، وقال مالك: لا يباع الميزان والسفرة والكيل ونحو ذلك وهما للمالك دون العامل وبنى ذلك على عادة الناس وهذا غلط لأنها مشتراة بمال القراض فيباع كغير ذلك.

مسألة(١): قال: «وإنْ قارضَ العاملُ بالمالِ آخرَ بغيرِ إذنِ صاحبه».

---

(١) انظر الأم (٣/ ٦٤).

الفصل

وهذا كما قال: إذا قارض العامل بمال القراض رجلاً آخر لا يخلو من أحد أمرين، إما أن يكون بإذنه أو بغير إذنه، فإن كان بإذنه كأن رب المال قال له: قارضتك بهذا المال ولك أن تقارض إنساناً آخر فهذا بمنزلة الوكيل فالقراض الثاني صحيح إن لم يشترط لنفسه جزءاً من الربح لأن مقتضى القراض أن لا يستحق الربح إلا بالمال أو العمل والعامل الأول لا مال له ولا عمل فلا يجوز له شرط الربح لنفسه، فإن عمل الثاني بعدما شرط العامل الأول لنفسه ربحاً وحصل ربح فكله لرب المال وللعامل أجر مثله، وإن كان من غير إذن رب المال فالقراض الثاني فاسد لأن رب المال رضي باجتهاد العامل الأول ولم يرض باجتهاد العامل الثاني ويصير الأول ضامناً بدفعه إلى الثاني ثم إن عمل الثاني ينظر، فإن لم يحصل ربح أخذه رب المال وإن حصل ربح فهو [١٢٤/ب] مبني على مسألة وهي أن الغاصب إذا اتجر في المال المغصوب أو المودع تصرف من غير إذن المودع وربح لمن يكون الربح؟

فيه قولان: قال في القديم: يكون الربح لرب المال، وقال في الجديد: ينظر، فإن كان ابتاعه بعين المال كان باطلاً، وإن ابتاعه في الذمة ونقد الثمن من الغصب أو الوديعة فالشراء صحيح والربح له وعليه ضمان الأصل لصاحبه، فإذا قلنا بقوله القديم وهو قول مالك فوجهه أنا لو جعلنا ذلك للغاصب لأدى إلى خفر الأمانات وتسليط الظلمة والغاصبين على المال فعلى هذا نقل المزني عن الشافعي أنه قال: لصاحب المال شطر الربح ثم يكون للذي عمل شطره مما يبقى قال أبو إسحاق: هذا صواب ويكون الربح بين رب المال وبين العامل الأول لأنه وإن تعدى في المال فلم يسقط الشرط الذي بينهما في الربح كما لو سافر بالمال وربح كان الشرط باقياً، وإن كان في المال متعدياً وإذا أذن له في السفر في البرّ فسافر في البحر كان ضامناً للمال والشرط باقٍ ثم النصف الذي للعامل بينه وبين العامل الثاني نصفين لأن الثاني دخل مع الأول على أن ما رزق الله تعالى من ربح كان بينهما والذي رزق الله تعالى هذا النصف والنصف الذي أخذه رب المال في حكم التآلف وكأنه لا ربح إلا هذا فكان بينهما.

ومن أصحابنا من غلط المزني في النقل وقال: يجب أن يكون للعامل الثاني على الأول نصف أجرة مثله مع ربع الربح لأنه دخل على أن يحصل له نصف الربح فإذا حصل له ربعه رجع بنصف أجرة مثله، ألا ترى أن القراض لو كان فاسداً ولم يحصل له من الربح شيء رجع بجميع أجرة المثل.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان اللفظ على أن ما رزق الله تعالى بيننا نصفين فكما ذكر المزني، وإن قال: على أن الربح بيننا نصفين فهل يستحق مع ربع الربح نصف أجرة مثله؟ وجهان **أحدهما**: لا يستحق لأن لفظهما ما تناول إلا ما يصيبهما من الربح فذلك بينهما، **والثاني**: يستحق على ما ذكرنا [١٢٥/أ] وإذا قلنا بقوله الجديد وهو الصحيح فوجهه أنه إذا اشترى في ذمته فقد ملكه وإذا نقد الثمن من المغصوب لا

تبرأ ذمته وما دفعه مضمون عليه فلا يمنع ذلك من حصول الملك والربح له، وأما ما ذكره القائل الأول لا يصح لأن ذلك لا يوجب تغيير حكم البيع ويكفي في ذلك الإثم والمنع من الاغتصاب من جهة الإمام والمسلمين فعلى هذا قال المزني: إن كان اشترى بعين المال فالشراء باطل، وإن كان في الذمة فالشراء جائز والربح والخسران للمقارض الأول وعليه الضمان وللعامل الثاني أجر مثله في قياس قوله.

واختلف أصحابنا في هذا أيضاً فمنهم من صوَّب المزني وقال: إن الثاني اشترى للأول فالملك وقع له والربح حصل في ملكه فكان الربح له، وللثاني أجرة المثل فيما عمله ويفارق الغاصب لأنه اشترى لنفسه فكان الربح له، ومن أصحابنا من خطأه فيه وقال: يجب أن يكون رأس المال لرب المال والربح كله للعامل الثاني ولا شيء للعامل الأول من الربح لأن الربح إذا كان للغاصب الذي يتصرف في المال ويعمل فيه على قوله الجديد يجب أن يكون ها هنا للعامل الثاني لأنه هو الذي تصرف في المال وهو ضامنه والأول أصح.

ومن أصحابنا من قال: اعترض المزني في جوابه في القديم وقال: هذا قول قديم يعني وقف العقود فإن الشافعي جوّز وقف العقود في هذه المسألة حيث قال: لرب المال أن يأخذ شطر الربح، وإن كان العامل الثاني تصرف بغير إذن رب المال فمن أصحابنا من سلَّم المزني ما ادعى أن هذا جواب على القول القديم.

ومن أصحابنا من لم يسلم ذلك وقال: هذا قول جديد في وقف العقود والشافعي يجوز في الجديد الوقف لا سيما إذا كان فيه مصلحة أموال الناس وها هنا مصلحة لأنه ربما يدفع مالاً إلى رجل للتصرف على جهة القراض فيذهب العامل ويشتري ما شاء الله أن يشتري وينوي في عقوده صرفها إلى نفسه [١٢٥/ب] ثم يؤدي الأثمان من المال الذي في يده لولا ذلك المال لامتنع الناس من معاملته، فإذا استفاد الأرباح الكثيرة بسبب ذلك المال رجع بأصل المال بعد عشرين سنة إلى صاحبه ويقول: ما اشتريت بعين المال شيئاً ولا بنية القراض، وإنما كنت أشتري لنفسي وهذا مالك فخذه ولا شيء لك في الربح وقد يغصب المال ويفعل هكذا فقلنا: في مثل هذا الموضع رب المال بالخيار إن شاء أجاز تلك العقود واستفاد أرباحها وإن شاء لم يجزها واقتصر على أصل ماله فأخذه، وكذلك ما عقد العامل بعين المال من العقود وقد مال ابن سريج إلى هذا القول مراعاة للمصلحة، وأما ضمان المال يجب عليهما ولرب المال أن يطالبهما به فإن طالب الأول لم يرجع الأول على الثاني، وإن طالب الثاني رجع على الأول لأنه غرَّه وقيل: في الرجوع قولان.

وقال أكثر أصحابنا بالعراق: لا يُعرف وقف العقود عند الشافعي لا في القديم ولا في الجديد ولا يصح بناء هذه المسألة على هذا لأن البيع الموقوف أن يبيع مال غيره وها هنا إذا اشترى في ذمته فلنفسه اشترى فكيف يقف على إذن غيره؟ وقيل: حصل في هذه المسألة خمسة أوجه: **أحدها**: أن كل الربح لرب المال ولا شيء فيه للعاملين وبه

قال ابن سريج على قوله القديم: الربح للمغصوب منه، **والثاني**: نصف الربح لرب المال والنصف الآخر للعامل الأول وللعامل الثاني على العامل الأجرة مثله وبه قال أبو إسحاق على قوله في القديم وهذا أقيس، **والثالث**: نصف الربح لرب المال والنصف الباقي بين العاملين وبه قال ابن أبي هريرة على قوله في القديم وهذا ضعيف لأن المضاربة فاسدة والشرط لا يثبت في الفاسد، **والرابع**: الربح كله للعامل الثاني وهذا مذهب محكي على قوله في الجديد، **والخامس**: الربح كله للعامل الأول ويرجع العامل الثاني على العامل بأجرة مثله وبه قال ابن أبي هريرة على قوله في [١٢٦/أ] الجديد وهو اختيار أبي حامد ووجه أن العامل الثاني إنما يصح تصرفه في الذمة وما اشتراه في الذمة بنية الشراء للعامل الأول يقع للأول فيكون الربح له لأنه اشتراه بإذنه وباعه بإذنه ويفارق الغاصب لأنه اشتراه لنفسه.

فرع

لو قال له رب المال: اعمل فيه برأيك جاز أن يدفع منه قراضاً إلى غيره، وعند أبي حنيفة وعندنا لا يجوز له ذلك لأن هذا يقتضي أن يكون عمله فيه موكولاً إلى رأيه وإذا قارض به كان العمل لغيره.

فرع آخر

لو أذن له في مقارضة غيره ولم يأذن له في العمل بنفسه فهذا وكيل في عقد القراض مع غيره وينظر، فإن كان عيَّن من يقارضه لم يجز أن يعدل عنه إلى غيره، وإن لم يعيّن اجتهد فيمن يراه أهلاً له من ذوي الأمانة والخبرة، فإن قارض أميناً غير خبير بالتجارة لم يجز، وكذلك على العكس لو قارض خبيراً بالتجارة غير أمين لم يجز حتى يجتمع الشرطان الخبرة والأمانة فإن عدل إلى مقارضة نفسه فضمن وجميع الربح لرب المال قولاً واحداً، وإن قلنا: الربح للغاصب في أحد القولين لأنه صار بمقارضة نفسه مشترياً لرب المال ولا أجرة له لأنه متطوع بالعمل.

فرع آخر

لو عيَّن من يقارضه فعدل إلى مقارضة غير من عيَّنه رب المال ضمن هو والعامل وكل ربحه لرب المال لأنه اشتراه له ولا أجرة له على رب المال وهل يرجع بأجرته على الوكيل الغارّ؟ وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في الزوج المغرور هل يرجع بالمهر الذي غرمه على الغارّ.

فرع آخر

لو تعدى العامل من غير هذا الوجه الذي ذكرنا، فإن كان لصرف مال القراض في ثمنٍ ما لم يؤمر به ضمن وبطل معه من القراض، وهو كما لو قارض غيره بالمال متعدياً، وإن كان تعديه لتغريره بالمال مثل إن سافر من غير أمره، فإن كان فعل ذلك مع بقاء عين المال بيده ضمنه وبطل القراض [١٢٦/ب] بتعديه لأنه صار مع تعديه في عين

المال غاصباً، وإن كان قد فعل ذلك مع انتقال عين المال إلى عروض مأذونٍ فيها ضمنها بالتعدي ولم يبطل به القراض لاستقراره بالتصرف والشراء ذكره في «الحاوي».

مسألة(١): قال: «ولو حالَ الحولُ على سلعةٍ في مالِ القراضِ».

الفصل

وهذا كما قال: قد ذكرنا هذه المسألة في كتاب الزكاة واختار المزني أنه لا يملك العامل الربح إلا بالقسمة واحتج بأن الشافعي قال: لو اشترى العامل أباه لا يعتق عليه ولا فائدة في هذه الحجة لأن الشافعي أجاب به على أحد القولين، ثم احتج بما احتج الشافعي لهذا القول فقال: لو كان له ربح قبل دفع المال إلى ربه لكان به شريكاً، ولو خسر حتى لا يبقى إلا قدر رأس المال كان فيما بقي شريكاً لأن من ملك شيئاً زائداً ملكه ناقصاً وهذا مقابل بأنه يملك العامل مطالبة رب المال بالقسمة وتسليم حصته من الربح إليه فدل على أنه ملكه وهذا أصح.

فرع

لو ساقاه على النخل اختلف أصحابنا في زكاة الثمرة على طريقتين إحديهما فيه قولان كما في القراض لأن في كل واحد منهما من أحد الجانبين مال ومن الجانب الآخر عمل. والثانية تجب الزكاة عليهما في المساقاة قولاً واحداً، والفرق أنه استقر ملكه على الثمرة حتى لو بقي منها ثمرة واحدة كانت مشتركة بينهما وفي القراض الربح وقاية لرأس المال ولم يستقر عليه ملك العامل فافترقا والله أعلم.

باب

قال المزني: وهذه مسائل تحريت فيها مذهب الشافعي من ذلك قال: ولو دفع إليه ألف درهم فقال: خذه فاشتر بها هروياً أو مروياً.

الفصل

وهذا كما قال: إذا دفع إليه ألفاً قراضاً وقال: اشتر به هروياً أو مروياً بالنصف أجمع أصحابنا على فساده كما قال المزني: واختلف أصحابنا في تعليله فقال ابن أبي هريرة: إنما فسد لأنه لم يبين أي الجنسين يشتري بل قال: هروياً أو مروياً [١٢٧/أ] ولم يعيّن فلم يصح وهو معنى قوله: لأنه لم يبين، حتى لو خيره بين الهروي والمروي تفويضاً إلى اجتهاده صحَّ، وإن لم يتلفظ بلفظ القراض ولا بلفظ المضاربة، وقال أبو إسحاق: فسد لوجهين **أحدهما**: أنه قال: بالنصف ولم يبين بكون النصف لرب المال فيكون فاسداً لأنه لم يبين ما يستحقه العامل أو بكون النصف للعامل فيكون صحيحاً ويكون الربح بينهما نصفين، فلما لم يبين ذلك فسد، وقوله: هروياً أو مروياً تنويع الحال لا شك، **والثاني**: أنه قال: اشتر ولم يأذن له في البيع والقراض يقتضي أن

(١) انظر الأم (٣/ ٦٤).

يملك العامل الشراء والبيع جميعاً بأن يقول: خذه قراضاً أو ينص عليه فيقول: خذه وبع واشتر، ومن أصحابنا من قال: فسد لأنه شرط التجارة فيما لا يعم وجوده وهذا ليس بشيء لأن الهروي والمروي يعم وجود كل واحد منهما، ومن أصحابنا من قال: فسد لأنه لم يتلفظ بلفظٍ موضوع لهذا العقد واقتصر على قوله: خذه ولفظ الأخذ لفظ صالح لمعانٍ مختلفة ومعنى قول المزني: لأنه لم يبين أي لم يبين جهة الدفع، فإذا تقرر هذا قال: فإن اشترى فجائز وله أجر مثله وإنما جاز الشراء لأنه مأذون فيه، وإن لم يصح القراض وإنما وجب أجر المثل لأنه لم يتبرع بالعمل، ولو باع فباطل لأن البيع بغير أمره إذا لم ينزله منزلة عامل القراض بل نزلناه منزلة الموكل بالشراء وليس في لفظه أمر بالبيع وهذا يدل على صحة العلة الثانية التي ذكرها أبو إسحاق.

مسألة(١): قال: «فإنْ قال: خذْهَا قراضَاً أو مضاربةً على ما شرط فلانٌ من الربحِ لفلانٍ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا دفع دراهم أو دنانير إلى رجل وقال: خذها قراضاً على ما شرط فلان لفلانٍ وهما عالمان بذلك الشرط كان ذلك القراض جائزاً، لأن الشرط المعلوم لهما قام مقام شرطهما بينهما، ألا ترى أن رجلاً لو قال لرجل: بعتك هذا العبد بما باع به فلان عبده من فلانٍ وكانا عالمين بأنه باعه منه [١٢٧/ب] بألفٍ جاز وانعقد بألفٍ كذلك ها هنا، ولو كانا جاهلين أو أحدهما بما شرط فلان لفلانٍ كان باطلاً، ولو كانا عند العقد جاهلين ثم علما لم ينفع العلم الحاصل بعد العقد.

مسألة(٢): قال: «ولو قالَ: خُذْهَا على أن يكونَ لكَ ثلثُ الربحِ وما بقي فلي منه الثلث ولك الثلثان فجائزٌ».

الفصل

وهذا كما قال: شرط صحة القراض أن تكون أجزاء الربح معلومة لهما فإذا قال: قارضتك على هذا الألف على أن ثلث ربحه للعامل وما بقي من الربح فثلثه لرب المال وثلثاه للعامل جاز لأن الأجزاء معلومة وحصته من تسعة أسهم ثلثها ثلاثة وتبقى ستة فيكون ثلثها سهمين وثلثاها أربعة فيكون لرب المال سهمان من تسعة وللعامل سبعة وصار في التقدير كأنه شرط للعامل سبعة أتساع الربح والباقي لرب المال.

فرع

لو قال: خذ هذا المال قراضاً ولم يزد، حكى ابن سريج أنه قال: يجوز ويكون الربح بينهما نصفين لأن هذا هو الغالب من أحوال القراض فحكم إطلاقه يحمل عليه

(١) انظر الأم (٣/٦٦).

(٢) انظر الأم (٣/٦٦).

وهذا غلط لأنه لو جاز هذا لجاز إطلاق البيع من غير ذكر الثمن ويحمل على ثمن المثل وهو القيمة.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على أن نصف الربح لي لم يجز القراض لأن العامل لا يستحق الربح إلا بالشرط، فإذا لم يشترط له شيئاً لم يصح، ومن أصحابنا من قال: يصح لأن قوله: قارضتك اقتضى أن يكون الربح بينهما نصفين، فإذا قطع النصف لنفسه كان الباقي للعامل والمذهب الأول.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على أن لك نصف الربح جاز لأن رب المال يستحق الباقي من غير شرط، ومن أصحابنا من قال: لا يصح ها هنا أيضاً لأنه سكت عن الشرط لأحد المتقارضين فلم يجز كما لو سكت عن الشرط للعامل والمذهب الأول والفرق بينهما ظاهر، وذلك أن رب المال يستحق الربح بماله لأنه نماء المال والعامل يستحقه بالعمل فإذا قدر له نصيباً كان الباقي تابعاً للمال ولهذا [١٢٨/أ] قلنا: شركة العنان لا تحتاج إلى تقدير الربح بينهما لأنه تابع لماليهما.

فرع آخر

لو قال: على أن لك النصف ولي السدس صح على هذا القول الصحيح لأن الثلث الباقي له من غير شرط.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على أن ما سهل الله تعالى من ربح كان بيننا قال ابن سريج: يصح ويكون بينهما نصفين لأنه قوله: بيننا يوجب الاشتراك والتسوية، ومن أصحابنا من قال: لا يصح لأن قوله: بيننا يحتمل بيننا نصفين ويحتمل ثلثاً وثلثين فما شرطه له من الربح مجهول فلا يصح والمذهب الأول وهو اختيار أبي حامد لأنه لما سوى في الإضافة كان بينهما نصفين كما لو قال: هذه الدار لزيد ولعمرو اقتضى أن يكون بينهما نصفين.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على هذا المال بالنصف أو الثلث والثلثين قال ابن سريج: يصح ويكون المسمى من الربح راجعاً إلى العامل لأن الربح كله لرب المال والعامل إنما استحق منه سهماً بالشرط، فإذا شرط انصرف الشرط إلى ما يفتقر إلى الشرط وهو نصيب العامل دون ما لا يفتقر إلى الشرط، وفيه وجه آخر لا يصح على ما ذكرنا.

فرع آخر

لو اختلفا في هذه المسألة فقال العامل: شرطته لي فالعقد صحيح، وقال رب المال: بل شرطت لنفسي قال ابن سريج: القول قول العامل لأن الظاهر معه على ما بيناه.

فرع آخر

لو قال: خذ هذا المال فاشتر به وبع لم يزد عليه فلا خلاف أنه لا يكون قراضاً صحيحاً، وهل يكون قراضاً فاسداً أو معونةً؟ وجهان **أحدهما**: أنه استعانة بعمله فهو كما لو قال: اشتر وبع على أن يكون كل الربح لي فعلى هذا لا أجرة للعامل، **والثاني**: أنه قراض فاسد لأنه الأغلب من حال أمره فعلى هذا يكون للعامل أجر مثله حصل فيه ربح أو لا.

فرع آخر

لو قال: خذ هذا الألف قراضاً ولك ربح نصفه لم يجز خلافاً لأبي حنيفة وأبي ثور، ولو قال: ولك نصف [١٢٨/ب] ربحه جاز والفرق ظاهر وهو أن هناك يصير منفرداً بربح أحد النصفين من غير أن يكون لرب المال فيه حق، وعاملاً في النصف الآخر من غير أن يكون له فيه حق وهذا ليس من حكم القراض.

فرع آخر

لو قال: خذ هذا المال واعمل فيه على أن ما سهَّل الله تعالى من الربح كان بيننا نصفين يصح ويكون قراضاً، وإن لم يتلفظ به لأنه ذكر ما يقتضيه القراض من العمل والاشتراك في الربح فهو كما لو قال: ملَّكتك هذا المال بكذا صح ويكون بيعاً وإن لم يتلفظ بلفظ البيع.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على هذا المال على أن تعمل فيه فما رزق الله تعالى من ربحٍ فهو لك كان هذا قراضاً فاسداً لأنه شرط شرطاً ينافي مقتضى عقد القراض فأبطله.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على هذا المال على أن الربح كله لي كان قراضاً فاسداً أيضاً، وهل يستحق العامل أجر المثل؟ وجهان **أحدهما**: قاله المزني: لا أجرة له لأنه متطوع بعمله، **والثاني**: قاله ابن سريج: له الأجرة لأنه عمل في قراضٍ فاسدٍ فهو كما لو نكح بلا مهرٍ، وقال أبو حنيفة: يكون بضاعةً والربح كله لرب المال ولا أجرة للعامل.

فرع آخر

لو قال: خذ هذا المال على أن الربح كله لك ولم يقل قراضاً فهو قرض صحيح، وقال في «الحاوي»: فيه وجهان **أحدهما**: يكون قرضاً، **والثاني**: يكون قراضاً فاسداً لأن القرض غير منطوق به.

فرع آخر

لو قال: خذ هذا المال واعمل فيه على أن يكون الربح كله لي فهو بضاعة، ومعنى البضاعة أن يعطيه مالا يتجر به له لا بعوضٍ استعانةً به فيكون كل الربح لرب المال ولا

أجرة للعامل لأنه لم يتلفظ بلفظ القراض ولا بمعناه، وذكر معنى البضاعة فيصير بضاعةً قال ابن سريج: والأصل في هذه المسائل على قول الشافعي أن كل لفظةٍ موضوعة [١٢٩/أ] لعقدٍ، فإذا وصل بها ما ينافيها بطلت، ألا ترى لو قال: بعتك بلا ثمنٍ وآجرتك بلا أجرةٍ لم يصح وكل لفظةٍ تحتمل عقدين تميّز بالصلة فإذا قال: ملّكتك بالثمن كان بيعاً، ولو قال: بلا عوضٍ كان هبةً لأن لفظ التمليك يحتمل البيع والهبة وإذا قال: ملّكتك منافع هذه الدار شهراً بعشرةٍ كان إجارة، ولو قال: بلا أجرة كان عارية كذلك ها هنا إذا قال: قارضتك يقتضي اشتراكهما في الربح فإذا شرط خلاف ذلك بطل، ولو قال: أقرضتك يقتضي أن يكون الربح كله للمستقرض، فإذا قال: على أن الربح لي أو بيننا وكان قرضاً فاسداً، وإذا قال: أبضعتك هذا المال على أن الربح بيننا أو لك كان فاسداً أيضاً، ولو قال: خذ هذا يُنظر إلى ما يصلح للقراض أو القرض والبضاعة، فإذا شرط ذلك عمل عليه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان عن ابن سريج أنه قال: إذا قال: قارضتك على أن لا شيء لك من الربح أو على أن جميع الربح لي فيه وجهان **أحدهما**: يُراعى المعنى ويكون بضاعة، وبه قال أبو حنيفة، **والثاني**: يراعى اللفظ فهو قراض فاسد وكذلك في ضده، ولو قال: على أن جميع الربح لك ففي الوجه الأول قرض صحيح وفي الثاني هو قراض فاسد، وكذلك لو قال: أبضعتك على أن جميع الربح لك ففي أحد الوجهين هو قرض صحيح مراعاةً للمعنى وفي الوجه الثاني هو بضاعة غير أن العامل لم يتبرع بالعمل فله أجر مثله وهذا غير مشهور عن ابن سريج عند أصحابنا بالعراق، وقال مالك: إذا قال: قارضتك على أن يكون كل الربح لك أو لي يصح القراض ويكون الربح لمن شرط وكأنه وهبه من صاحبه وهذا غلط لأن الهبة لا تصح قبل حصول الموهوب.

فرع آخر

لو قال: خذ هذا وابتع به على أن ما رزق الله تعالى من ربحٍ يكون بيننا نصفين لم يجز لأنه لم يأذن له في البيع، ولو قال: خذ هذا واعمل فيه على أن ما رزق الله [١٢٩/ب] تعالى من ربحٍ يكون بيننا صح لأن قوله: واعمل فيه يقتضي إطلاقه البيع والشراء على حسب ما يعمل في القراض، وليس كذلك إذا خص الابتياع وأمسك عن البيع فإن الظاهر منه أنه لم يأذن له إلا في الابتياع.

فرع آخر

لو قال: قارضتك في هذا المال على أن لك نصف الربح إلا عشرة دراهم لم يصح لأنه يجوز أن لا يكون فيه الربح إلا عشرة دراهم فينفرد به رب المال دون العامل فيؤدي ذلك إلى خلاف ما يقتضيه عقد القراض.

فرع آخر

لو قال: قارضتك على أن يكون لك شركة في الربح أو شرك لم يصح، وروي عن محمد بن الحسن أنه قال: شركة يصح وكان له النصف، ولو قال: شرك لم يصح، وقال أصحاب مالك: يصح ويكون له مضاربة المثل.

مسألة(١): قال: «فإنْ قارضهُ على دنانيرَ فحصلَ في يدهِ دراهمٌ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا قارضه على دنانير فحصل في يده دراهم وأراد المفاصلة كان على العامل صرف الدراهم إلى الدنانير لأن المقاسمة عند المفاصلة إنما ترد على النقد الذي لاقاه العقد، وكذلك إذا قارضه على دراهم فحصل في يده دنانير وأراد المفاصلة كان على العامل صرفها إلى الدراهم، ولو كان رأس المال دراهم صحاحاً وحصل في يده مكسَّرة باع المكسرة بالصحاح، فإن لم يكن بينهما فضل يمكن بيع أحدهما بالآخر متماثلاً، وإن كان بينهما فضل باع المكسر بالذهب ثم الذهب بالصحاح من الدراهم قال أبو إسحاق: إلا أن يرضى رب المال أن يقبض منه ما حصل عوضاً من رأس المال بقيمة يتفقان عليها فيكون ذلك جائزاً ويتقاسمان الفضل من رأس المال، وإن باع مقدار رأس المال وفضل فضْل قال ابن أبي هريرة: إن تراضيا على قسمته اقتسماه، [١٣٠/أ] وإن أراد أحدهما بيعه كان لمن أراد البيع بيعه لأن له في ذلك بغية وهي أن العرض قد يشترى جملةً بأكثر ما اشتري متفرقاً، قال صاحب «الإفصاح»: فإن كان ذلك مما لا يختلف فيه حكم التَّفريق والجمع لم يجبر الممتنع على البيع وهذا لأنه مشترك بينهما والمال المشترك لا يجب على أحد الشريكين بيعه وتصريفه من جنسٍ إلى جنسٍ فيقتسمان ذلك على صفته، وإن كان مما يختلف فيه حكم الجمع والتفريق أجبر على البيع على ما ذكرنا.

مسألة(٢): قال: «وإنْ دفعَ مالاً قراضاً في مرضِهِ وعليهُ ديونٌ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا قارض المريض رجلاً بماله في مرضه المخوف فالقراض صحيح لأنه عقد يبتغى منه طلب الربح كالبيع ونحوه، فإذا تقرر هذا فما شرَطه للعامل من الربح يحتسب من رأس المال دون الثلث، وإن كان أكثر من أجرة المثل لأن اعتبار الثلث إنما يكون إذا أخرج من ماله شيئاً من غير عوضٍ، وها هنا لم يخرج من ماله شيئاً والربح يحصل بتصرف العامل وعمله فلا يكون من الثلث، فإن قيل: أليس إذا آجر داره وحابى في أجرتها تعتبر المحاباة من الثلث ولم يخرج من ماله شيئاً؟ قلنا: الفرق أن منافع الدار تجري مجرى المال بدليل أنه تجوز المعاوضة عليها وليس كذلك منافع الدراهم لأنه لا تجوز المعاوضة

---

(١) انظر الأم (٣/٦٦، ٦٧).

(٢) انظر الأم (٣/٦٧).

عليها وإنما يحصل الربح بتقليب العامل وتصرفه فهو فائدة عمله فافترقا. فإن قيل: ما تقولون إذا ساقى في مرضه وشرط للعامل من الثمرة أكثر من أجرة المثل قلنا: من أصحابنا من قال: يعتبر رأس المال كالقراض سواء، ومنهم من قال: تعتبر تلك الزيادة من الثلث وهو الأصح، والفرق أن ثمرة النخل حادثة من عين ماله فهي جارية مجرى العين وليس كذلك الربح لأنه [١٣٠/ ب] متولد من تصرف العامل دون عين الدراهم والدنانير فافترقا، ولهذا لو غصب نخلة فأثمرت كانت الثمرة لصاحب النخل، ولو اتَّجر الغاصب في الدراهم المغصوبة فربح كان الربح للغاصب في أحد القولين، فإذا تقرر هذا ومات رب المال بعد عقد القراض من ذلك المرض فالعامل أحق بحصته من الربح من سائر الغرماء سواء قلنا: يملك العامل الربح بالظهور أو بالقسمة لأن حقه متعلق بعين المال فكان بمنزلة المرتهن والمجني عليه فيقدم على سائر الغرماء، ولو قال الوارث للعامل: أعطيك حقك من غير عينه ليس له ذلك وله أن يعطي سائر الغرماء ديونهم من غير عين المال لأن له اختصاصاً في هذه العين وهو كالشريك فيه.

مسألة(١): قال: «فإن اشترى عبداً فقالَ العامل: اشتريته بمالي لنفسي».

الفصل

وهذا كما قال: إذا اشترى العامل سلعةً في ذمته وفيها ربح فقال: اشتريتها لنفسي، وقال رب المال: اشتريتها للقراض فالقول قول العامل مع يمينه لأن يده عليه ثابتة ولأن المرجع في شرائه إلى قصده ونيّته فيقبل قوله فيما نواه، وهكذا لو اشترى سلعةً فيها خسران فقال: اشتريتها لمال القراض، وقال رب المال: بل اشتريتها لنفسك فالقول قول العامل أيضاً لما ذكرناه، ولو أقام رب المال بينة على إقراره تقبل وإن أقام البينة في المسألة الأولى أنه عقد بعين مال القراض فيه وجهان **أحدهما**: قاله ابن أبي هريرة: تسمع ويحكم بها عليه لأن العقد على عين مال القراض لا يكون إلا في القراض، **والثاني**: وهو الأظهر: لا تسمع لاحتمال أن ينوي بالعقد على العين أن يكون لنفسه فيبطل، ولا يبطل في مال القراض.

فرع

لو قال الوكيل: اشتريت أو بعت وأنكر رب المال ذلك قد ذكرنا [١٣١/أ] قولين، ولو قال العامل ذلك وأنكر رب المال قيل: فيه قولان أيضاً وقيل: يقبل قول العامل قولاً واحداً وهو الأظهر لأنه عقد تسليط وتبسّطٍ في التصرف ويتعذر عليه إقامة البينة في كل بيعٍ وشراءٍ في الغالب فيسمع قوله في ذلك بخلاف الوكيل.

مسألة(٢): قال: «ولو قال: اشتريتُ هذا العبدَ بجميع الألف القراضِ، ثم اشتريت هذا العبد الثاني بذلك الألف».

---

(١) انظر الأم (٣/ ٦٧).

(٢) انظر الأم (٣/ ٦٧).

الفصل

وهذا كما قال: صورة المسألة أن يدفع إليه ألفاً ويقارضه عليه فاشترى عبداً للقراض بألفٍ فإن الألف الأول يكون للقراض، **والثاني**: لا يكون للقراض لأن العامل إنما يجوز أن يشتري للقراض بقدر رأس المال فلا يصح شراء الثاني للقراض، ولا فرق بين أن يكون الشراء الأول بعين الألف أو مطلقاً لأنه إن كان بعين الألف فقد استحق في ثمن العبد الأول فلا يبقى للثاني شيء، وإن كان مطلقاً بنية القراض فقد صار مال القراض مستغرقاً بثمنه وإن لم يصر معيناً، وهل يصح الشراء في حق العامل؟

قال المزني: يلزم العبد الثاني العامل وظاهره أنه لا فرق بين أن يشتريه بعين الألف أو في الذمة، وقال أصحابنا: هذا لا يصح على أصل الشافعي لأنه إذا اشترى بعين الألف بطل الشراء لأنه ملكه البائع الأول إن كان الشراء بعين الألف واستحق عليه تسليمه إليه، وإن كان في الذمة فلم يصح الشراء بعينه ثانياً بحالٍ لا له ولا للعامل، وإن كان الشراء في الذمة ونقد هذا الألف في ثمنه فالابتياع صحيح والعبد يكون للعامل، فإذا نقد الألف في ثمنه ضمنه لأنه قد تعدى في ذلك وأما الربح الذي يحصل في هذا العبد فيه قولان على قوله في الجديد يكون للمشتري وعليه ضمان الألف، وعلى قوله في القديم: يكون لمالك الألف.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لعل المزني أراد بقوله: جميع الألف القراض أن يشتري الأول في الذمة على نية القراض فلذلك صح البيع الثاني لأن عين الألف ما صارت مستحقة في العقد السابق فيحتمل أن المزني صحح [١٣١/ب] العقد الثاني في الحكم عند تكذيب البائع إياه في كون الألف مستحقة بالعقد الأول لأن من اشترى شيئاً بأعيان دراهم وتلك الدراهم في يده ثم ادعى أن هذه الدراهم التي عيَّنها في العقد مستحقة بعقدٍ سابق عقدته لم يقبل قوله وهذا أقرب من التأويل الأول وذلك بعيد.

مسألة(١): قال: «وإنْ نهى ربُّ المالِ أنْ يشتري ويبيع».

الفصل

وهذا كما قال: قد ذكرنا الحكم إذا فسخ رب المال القراض وأنه إذا كان الحاصل عرضاً له أن يبيع، ولو قال رب المال: لا تبعه فإني أقوّم العرض كله وأدفع إليك قدر ما يحصل من الربح له ذلك في أصح الوجهين.

مسألة(٢): قال: «ولوْ قال العاملُ: ربحت ألفاً ثم قال: غلطتُ».

وهذا كما قال: إذا قال العامل: ربحت ألفاً فلما كان عند المفاصلة قال: غلطت ورجعت إلى الحساب فتيقنت أنه كان بخلاف ذلك، أو كذبت خوفاً أن تنزع المال من يدي لم يقبل رجوعه لأنه رجوع عن الإقرار السابق وإسقاط لحق رب المال الذي ثبت بإقراره.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٦٨).

(٢) انظر الأم (٣/ ٦٨).

وقال مالك: إن كان في موضعٍ يكون هناك موسم فقال: إنما قلت ذلك لخوف نزع المال من يدي قبل وقت الموسم قبل ذلك منه، ولو لم يكذب نفسه ولكن قال: كنت ربحت ثم خسرت قبل منه لأنه ليس برجوعٍ عن الأول ولا تكذيب له وهذا إذا أمكن الخسران في مثل تلك المدة، وكذلك لو قال: رد المشتري عليّ بالعيب واسترجع الثمن ثم تلف الشيء في يدي قُبل منه لأنه أمينٌ ولا يخرج بتلك الكذبة السابقة عن قبول يمينه لأنه لم يأت بتعدٍ ولا جحود في أصل المال بل كذب في الربح فهو في أصل المال أمين على أن الكذب لم يظهر ها هنا لأنه قال: رُدَّ عليّ وتلف، ولو ظهر الكذب بأن قال: لم أربح فلم يقبل ثم قال: تلف فهو أمين أيضاً يُقبل قوله مع يمينه.

فرع

إذا قال: ربحت ألفاً ثم قال: غلطت فلم يُقبل فسأل إحلاف رب المال فإن ذكر شبهةً محتملة يستحق بها إحلافه، وإن لم يذكر شبهةً [١٣٢/أ] فيه وجهان **أحدهما**: قاله ابن سريج وابن خيران: له إحلافه لإمكان قوله، وقال أبو إسحاق: لا يحلف لما تقدم من إقراره.

مسألة(١): قال: «وإنِ اشترى العاملُ أو باعَ بما لا يتغابن الناسُ بمثله».

الفصل

وقد ذكرنا هذه المسألة بالشرح فلا معنى للإعادة.

مسألة(٢): قال: «وإذا اشترى في القراض خمراً أو خنزيراً أو أم ولد».

الفصل

وهذا كما قال: جملته أنه لا يجوز للعامل أن يبيع الخمر ولا أن يشتريه سواء كان العامل نصرانياً أو مسلماً، وقال أبو حنيفة: إن كان العامل نصرانياً له أن يشتري الخمر ويبيع، وقال أبو يوسف ومحمد: يصح الشراء منه دون البيع لأنه يدخل ما يشتريه في ملكه أولاً ويجعل كأنه اشترى عصيراً فصار في يده خمراً فيكون ذلك لرب المال ولا يمكن بيعها من جهة المسلم وهذا غلط لأنه مائع نجس كالدم، فإذا تقرر هذا فلو اشترى خمراً أو خنزيراً أو أم ولد ودفع الثمن فالشراء باطل وهو للمال ضامن في قياس قوله: ويسترجع المال من البائع، فإن كان قد تلف كان لرب المال أن يطالب العامل أو البائع فإن رجع على العامل رجع العامل على البائع، وإن رجع على البائع لم يرجع على العامل لأنه دخل على أن يكون تلفه من ضمانه، وقال أصحابنا بخراسان: إنما يضمن العامل إذا علم أنه خمراً أو أم ولد، فإن لم يكن علم فبان ذلك لم يضمن لأن الاحتراز منه لا يمكن.

ومن أصحابنا من قال: في الخمر يضمن لأنه لم يتأمل بل فرَّط بخلاف أم الولد،

---

(١) انظر الأم (٣/ ٦٨).

(٢) انظر الأم (٣/ ٦٨).

واختار الشيخ أبو حامد أنه يلزمه الضمان لأنه دفع الثمن بغير حق وحكم ضمان المال لا يختلف بالعلم والجهل.

فرع

إذا قارض رجل رجلين بألف درهم على أن لهما نصف الربح صح القراض ولكل واحد منهما ربع الربح لأن العقد مع الاثنين بمنزلة العقدين فكأنه قارض كل واحد منهما على خمسمائة ويكون نصف ربحها لرب المال ونصفه للعامل، فإن قيل: إذا قارض اثنين بمالٍ واحدٍ وعملا فيه وقسما الربح فقد حصل بينهما [١٣٢/ب] شركة الأبدان وعندكم لا تصح شركة الأبدان قلنا: هما ليسا شريكين وإنما يعملان على المال المشترك بينهما في القراض، ولأن كل واحد منهما يعمل على نصف المال ولا اعتبار باشتراكهما في العمل فيه، ألا ترى أن في شركة العنان يعملان في المال والربح بينهما على قدر المالين ولا اعتبار بعملهما، وإن كان له تأثير في الربح كذلك ها هنا وعلى ما ذكرنا يجوز أن يسوَّى بينهما في الربح، ويجوز أن يفاضل فيشترط لأحدهما: النصف وللآخر الثلث ونحو ذلك ويكون كأنه قارض أحدهما: في نصف المال بنصف الربح وللآخر في نصفه بثلث الربح وشرط لأحدهما: النصف وللآخر الثلث فيجوز، وقال مالك: لا يجوز لأنهما شريكان بأبدانهما فلا يجوز تفاضلهما في الربح كالمنفردين وهذا غلط لأن هذا بمنزلة العقدين فجاز أن يشترط في أحدهما أقل من الآخر كما لو انفردا وقد بينا أن هذا ليس بشركة الأبدان.

فرع آخر

لو دفع رجلان إلى رجلٍ ألف درهم هو بينهما نصفان وشرطا له الثلث ولهما الثلثين جاز وإن قالا له: لك النصف ولفلان الثلث، ولشريكه السدس لم يصح لأن المال لهما فيجب أن يشتركا في الربح على قدر المالين بالسوية، وإن شرطا له من نصيب أحدهما: تسعى الربح ومن نصيب صاحبه أربعة أتساع الربح ويكون الباقي بينهما لم يصح، وقال أبو حنيفة: يصح وهو اختيار أبي ثور وهذا غلط لأن صحتها من ثمانية عشر فيأخذ العامل من نصيب أحدهما: من تسعة سهمين ويبقى له سبعة ومن نصيب الآخر من تسعة أربعة ويبقى له خمسة فيؤدي إلى انفراد أحدهما بزيادة الربح وقولهما: يكون الباقي بيننا يقتضي التسوية بينهما في الباقي، ولو قالا: ويكون الباقي سبعة أتساعه لفلان وخمسة أتساعه لفلان صح ذلك لأنهما لم يشترطا التسوية بينهما في الباقي وهذا العقد بمنزلة العقدين فيجوز أن يشترط لأحدهما من نصيبه الربح أكثر مما يشترط الأجر. [١٣٣/أ]

فرع آخر

لو دفع إلى رجلٍ ألفاً قراضاً على أن يعطيه ألفاً بضاعةً لم يجز نص عليه في «الأم» لأنه لم يرض بأن يكون عوض عمله في القراض ما شرط له من الربح حتى يعمل له في

الألف الذي هو بضاعة عملاً ويكون له ربحه ينفرد به وكأنه شرط لنفسه بعض الربح من أحد الألفين وجميع الربح من الألف الآخر وهذا لا يجوز.

فرع آخر

قال: لو دفع إليه ألف درهم قراضاً ثم دفع إليه ألفاً آخر وقال له: ضمه إلى الأول حتى يكون الكل قراضاً لم يصح إن كان قد تصرف في الأول، وإن لم يكن تصرف فيه صح لأنه إذا تصرف في الأول يجوز أن يحصل فيه خسران وفي الثاني ربح فيجبر الخسران في أحدهما: بربح الآخر ولا يجوز أن يجبر أحد العقدين بالآخر، وعلى هذا إن كان قد اشترى بالألف الأول متاعاً وباعه ونضَّ الثمن جاز ضم الآخر إليه لأن هذا المعنى مأمون فيه فيكون بمنزلة ما لو لم يتصرف فيه، ولو قال له: ضم إليه ألفاً من مالك ويكون الربح بيننا على الثلث والثلثين لم يصح لأن هذه شركة ويجب أن يكون الربح على قدر رأس المال، ولو عمل فربح كان الربح بينهما نصفين على قدر المالين ويكون للعامل نصف أجر مثله على رب المال، ولو قال: ضم إليه ألفاً آخر واعمل فيه وما يحصل من الربح كان بيننا نصفين ولك السدس من نصيبي بحق العمل صح ويكون ذلك قراضاً في الألف والاختلاط بماله لا يمنع صحته لأن القراض يجوز في المال المشاع، وقال أصحاب مالك: لا يجوز أن تُضم إلى القراض شركة وهذا غلط لأنه لم يجعل أحد العقدين شرطاً في الآخر فجاز.

فرع آخر

لو اختلف العامل ورب المال في مقدار الربح فقال رب المال: شرطت لك النصف منه، وقال العامل: بل شرطت الثلثين تحالفا، فإذا حلفا انفسخ عقد القراض وكان لرب المال رأس المال والربح وللعامل أجر مثله وهذا لأنهما لما تحالفا بقي على الجهالة فانفسخ، وإن حلف أحدهما [١٣٣/ب] ونكل الآخر عن اليمين حكم له عليه، وقال أبو حنيفة: القول قول رب المال مع يمينه وهذا غلط لأنهما اختلفا في صفة عقدٍ فيتحالفان كما لو اختلف المتبايعان في الثمن.

فرع آخر

لو دفع إليه مالاً فنضَّ في يده ثلاثة آلاف واتفقا على حصة العامل وأن المشروط له النصف واختلفا في رأس المال فقال العامل: رأس المال ألف والربح ألفان، وقال رب المال: بل رأس المال ألفان والربح ألف فالقول قول العامل لأن المال في يده ورب المال مدعي عليه، ومن أصحابنا من قال: يتحالفان إذا اختلفا في مقدار الربح والأول أصح، وقال في «الحاوي»[١]: فيه لأصحابنا وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في العامل هل هو وكيل أو شريك **أحدهما**: القول قول رب المال إذا قلنا: إن العامل

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣٥٥).

وكيل مستأجر وبه قال زفر، **والثاني**: القول قول العامل، إذا قلنا: إنه شريك مساهم وبه قال محمد وهذا أصح وعن أبي حنيفة روايتان.

فرع آخر

لو أحضر العامل ثلاثة آلاف وقال: رأس المال منها ألف والربح ألف، والثالث: لي أو وديعة في يدي أو هو دين عليّ من قراضي وادعاه رب المال ربحاً فالقول قول العامل مع يمينه لمكان يده، وكذلك لو لم يكن ربح، واختلفا في قدر رأس المال فالقول قول العامل بلا إشكالٍ.

فرع آخر

لو اشترى العامل عبداً ثم اختلفا فقال رب المال: كنت نهيتك عن ابتياعه، وقال العامل: ما نهيتني عنه فالقول قول العامل لأن رب المال يدعي خيانته فلا يقبل قوله عليه.

فرع آخر

إذا دفع إلى رجلين مالاً قراضاً على أن له نصف الربح ولهما النصف نصفين بينهما فعملا ونضَّ المال ثلاثة آلاف، ثم اختلفوا فقال رب المال: رأس المال ألفان والربح ألف لي منه خمسمائة ولكما خمسمائة لكل واحد منكما مائتان وخمسون فكذبه أحدهما وصدقه الآخر فهذه المسألة مبنية على ثلاثة أصول أحدها أن رب المال والعامل [١٣٤/أ] إذا اختلفا في مقدار رأس المال فالقول قول العامل، **والثاني**: أن العامل لا يأخذ قسطه من الربح حتى يسلم لرب المال رأس ماله، **والثالث**: أن العاملين كالعامل الواحد في حكم الربح والخسران فإذا كان القول قول من كذبه فحلف ثبت أن رأس المال ألف وأن الربح ألفان في حقه يأخذ خمسمائة ويبقى هناك ألفان وخمسمائة يقول المصدق لرب المال: لك ألفان رأس مالك وقد بقي خمسمائة لك ثلثاها ولي ثلثها، لأن شريكي لو أنصف أخذ مائتين وخمسين ويبقى سبعمائة وخمسون لك ثلثاها ولي ثلثها فلما أخذ خمسمائة غصبنا معاً على مائتين وخمسين فيكون مناً بالحصة يكون ثلثا ما بقي لك ولي الثلث كما لو كان جميع الربح مائة وخمسين فغصب أجنبي منها مائتين وخمسين يكون منا معاً كذلك ها هنا فيفيد قولنا: القول قول العامل في قدر رأس المال أنهما لما اختلفا ها هنا كان القول قوله ويفيد قولنا: لا يأخذ العامل شيئاً من الربح حتى يحصل رأس المال لصاحبه أن ما غصبه العامل يحتسب من الربح لا من رأس المال، ويفيد قولنا: إنهما يجريان مجرى عاملٍ واحدٍ أن العامل المصدق لا يمكنه أن يقول: لا يلزمني حكم ما أخذه ذلك العامل بلْ استحق كمال نصيبي من الربح ويقال له: أنت وهو كالعامل الواحد فما يأخذه محسوبٌ من حقك ويصير كما لو تلف شيء من المال.

فرع آخر

يجوز لولي اليتيم أن يقارض في مال اليتيم ولا يأذن له بالتصرف نساء بحالٍ لأن في ذلك غرراً، ولا فرق بين أن يكون الولي أباً أو جداً أو قيّماً أو وصياً نصَّ عليه في «البويطي» وإنما يجوز أن يدفع إلى من يجوز له أن يودع ماله عنده وهذا لقوله ﷺ: «ابتغوا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة»(١).

فرع آخر

لو اشترى العامل من مال القراض عبداً أو [١٣٤/ب] أمَةً فأراد رب المال أو العامل أن يزوج العبد أو الأمة وامتنع الآخر لم يجبر الممتنع منهما عليه لأن في ذلك نقصان قيمتها، وإن اتفقا عليه كان لهما ذلك ويفارق هذا أمة المأذون له في التجارة إذا أراد السيد تزويجها فإنه إن لم يكن عليه دين جاز له تزويجها لأنه لا حق فيه للعبد وإنما الحق للسيد، وإن كان عليه دين لم يجز تزويجها وإن وافقه العبد لأن حقوق الغرماء ما تعلقت بما في يده وفي مال المضاربة لا حق لغيرهما وكذلك لا يجوز لواحدٍ منهما أن يكاتبه لأن الكتابة كالإتلاف، ألا ترى أنه لو كاتب عبده في مرضه اعتبر قيمة العبد من الثلث، ولو اتفقا عليه جاز ثم إذا أدى المال وعتق قال في حرملة: فإن لم يكن في المال فضل فالولاء لرب المال، وإن كان فيه فضل فالولاء بينهما ولا يجوز لواحدٍ منهما وطئها إذا كان أمة سواء قلنا: يملك بالظهور أو بالقسمة لأنه يستضر العامل بنقصان قيمتها بالإحبال.

فرع آخر

لو اشترى رب المال سلعة من مال القراض من العامل لم يجز لأنه مال والعامل وكيله يتصرف فيه بإذنه ويفارق المولى يجوز له أن يشتري من مكاتبه ما في يده لأنه يتصرف فيه من غير إذن السيد فهو معه بمنزلة الأجنبي، وقال أبو حامد: قال بعض أصحابنا: يجوز للسيد أن يشتري من المأذون إذا ركبته الديون لأنه حق الغرماء ثم قال لا يصح لأنه ملك السيد ويحتمل أن يريد هذا القائل أن السيد يأخذه بقيمته كما يدفع قيمة العبد الجاني ولا يكون بيعاً ويحتمل أن يقال مثل هذا في مال القراض.

فرع آخر

لو دفع رجل إلى رجل ألف درهم قراضاً فاشترى العامل به عبداً فتلف الألف قبل أن تدفع إلى البائع قال في «البويطي»: كان المبيع للعامل والثمن عليه ولا شيء على رب المال، وظاهر هذا أن القراض زال بهلاك المال قبل تسليمه [١٣٥/أ] إلى البائع،

---

(١) أخرجه الشافعي في «المسند» (٦٢٠)، وفيه عبد العزيز بن أبي رواد، قال أحمد: لا بأس به وفيه غلو في الإرجاء، وقال البخاري: في حديثه بعض الاختلاف، وقال الدارقطني: لا يحتج به ويعتبر به، وقال ابن حبان: منكر الحديث جداً، يقلب الأخبار، ويروي المناكير عن المشاهير.

واختلف أصحابنا في تأويلها على طريقين فمنهم من قال: إذا تلف الألف لا يخلو من أحد أمرين إما أن يتلف قبل الشراء، أو بعد الشراء فإن تلف قبل الشراء مثل إن اشترى عبداً بألفٍ ثم بان له أن الألف قد هلك قبل الشراء فقد زال القراض وبطل وانقطع تصرف العامل في القراض، فإن ابتاع بعد هذا شيئاً كان له دون رب المال ولا شيء على رب المال وهذه مسألة «البويطي»، وإن كان التلف بعد حصول الشراء كان المبيع لرب المال قراضاً وعليه تسليم ألفٍ آخر في ثمنه لأن المبيع له لا للعامل، ثم إذا دفع الألف في ثمنه فأي الألفين يكون قراضاً؟ اختلف أصحابنا فيه على هذه الطريقة على وجهين:

أحدهما: التالف من رأس المال والقراض الألف الآخر وهذا ليس بشيء والمذهب أن الألفين معاً قراض وأن التالف من الربح لا من رأس المال، فإن ربح العامل شيئاً كان من التالف حتى يرد الألفين معاً وما ربح بعدهما فله قسطه منه وبه قال أبو حنيفة ومحمد، وحكي عن مالك أن رب المال بالخيار بين أن يدفع ألفاً آخر تكون هي رأس المال دون الأول وبين أن لا يدفع ويكون الشراء للعامل، وقال ابن سريج: المبيع للعامل والثمن عليه ولا شيء على رب المال على ظاهر ما قاله في «البويطي» لأنه إن كان التلف قبل الشراء فلا إشكال فيه، وإن كان بعده تحول الملك إلى العامل لأنه قد تعذر عليه وزن الثمن من مال رب المال فتحول المبيع إليه قال: ولو كان مثل هذا في الوكيل فيه وجهان **أحدهما**: ينقلب إلى الوكيل والثمن عليه، ولا شيء على الموكل كما في القراض.

والثاني: يكون للموكل وعليه أن يدفع ألفاً آخر ولم يذكر القاضي الطبري غيره، وقال بعض أصحابنا بخراسان: في مسألة القراض قولان، وقال في «الحاوي»[1]: لهذه المسألة مقدمة وهي أنه لو دفع إليه ألفين فتلف أحدهما بعد أن اشترى به [١٣٥/ب] عرضاً وتلف العرض قبل بيعه فيه وجهان **أحدهما**: أنه قراض لتلفه بعد التصرف فيه في الابتياع فيكون رأس المال ألفي درهم وعلى العامل أن يجبر الألف التالف، **والثاني**: الألف التالف لا يكون قراضاً لتلفه قبل كمال التصرف فيه ببيع ما اشترى به فعلى هذا يكون رأس المال ألف درهم ولا يلزم العامل أن يجبر بالربح الألف التالف لأنه لم يصر قراضاً، فإذا تقرر هذا ففي مسألتنا وجهان **أحدهما**: الشراء للعامل وهذا على الوجه الذي نقول ما تلف بعد الشراء وقبل البيع خارج من القراض، **والثاني**: الشراء في القراض وهذا على الوجه الذي نقول: ما تلف بعد الشراء قبل البيع داخل في القراض فعلى هذا يلزم رب المال أن يدفع ألفاً ثانياً ويصير رأس المال ألفي درهم وعلى العامل جبره بالربح.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣٤٦).

فرع آخر

لو أعطاه ألفي درهم قراضاً فتلف ألف قبل أن يتجر كان تلفه من رأس المال وينفسخ القراض فيه لأن رأس المال بعينه قد تلف هكذا قال عامة أصحابنا، وحكي عن أبي حامد أنه قال: هكذا قال أصحابنا ولكنه خلاف النص لأنه نصَّ في «الجامع الكبير» للمزني: أنه يكون التالف من الربح لا من رأس المال، وإن كان قبل أن يتجر وهكذا حكاه القاضي أبو علي الزجاجي ووجهه أن المال يصير قراضاً في يد العامل بالقبض فلا فرق بين أن يتلف قبل التصرف أو بعده، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان **أحدهما**: أن رأس ماله ألفا درهم لأنه وإن لم يضمن التالف من جهة أنه يغرم يضمنه من جهة أنه يجبر ذلك بالربح، **والثاني**: ما ذكرنا.

فرع آخر

لو اشترى بكلا الألفين وباع ونضَّ الثمن فالتالف من الربح بلا خلافٍ، ولو اشترى بالألفين عبدين ثم تلف أحد العبدين فيه وجهان **أحدهما**: يكون التالف من الربح [١٣٦/أ] وهو الصحيح لأن المال قد دار في القراض فما يتلف يكون من الربح، **والثاني**: يتلف من رأس المال ويكون حكمهما حكم ثمنيهما لأنهما بدلان عن الأصل وهذا ليس بشيء.

فرع آخر

لو دفع ألفاً قراضاً فعمل العامل به وخسر مائة وأخذ منه رب المال مائة ثم عمل العامل بالباقي فصار ألفاً وخمسمائة وأرادا أن يعلما قدر رأس المال ليقتسما الربح فوجه العمل فيه أن يقال: لما خسر في الألف مائة لزم تقسيطها على التسعمائة فيكون قسط كل مائة درهم أحد عشر درهماً وتسعاً، فلما استرجع رب المال مائة تبعها قسطها من الخسران وهو أحد عشر درهماً وتسع وهو القدر المسترجع من الألف ويبقى رأس المال ثمانمائة وثمانية وثمانون درهماً وثمانية أتساع درهم، فلو كان قد خسر العامل مائتي درهم واسترجع رب المال مائة صار رأس المال ثمانمائة وخمسة وسبعين درهماً لأن القسط كل مائة من الخسران خمسة وعشرون درهماً ثم على هذا القياس.

فرع آخر

لو أذن للعامل بالبيع نسيئة أو بالشراء سلماً ففعل ثم جحد العامل معه ضمن العامل لأنه فرط بترك الإشهاد، ولو أذن بالبيع معجلاً وأذن له في تسليم المبيع أولاً ففعل ثم حلف المشتري على الثمن وجحد فلا ضمان على العامل لأن العادة لم تجر بالإشهاد في البيع الحال فلم يفرط في ترك الإشهاد.

فرع آخر

لو قارضه على مالين بعقدين فخلط العامل أحد المالين بالآخر ضمن خلافاً لأبي حنيفة.

فرع آخر

لو أخذ من رجل مائة درهم قراضاً فاشترى بها جارية للقراض، وأخذ من آخر مائة درهم قراضاً فاشترى بها جارية أخرى للقراض واختلطتا ولم يعلم الأولى من الثانية قال في أمالي حرملة: فيه قولان **أحدهما**: هما لربي المال تباعان معاً، فإن لم يكن في المال فضل أخذ كل واحد منهما مائة ولو كان فيه فضل فالفضل على ما شرطا، وإن كان خسران كان على العامل لأنه [١٣٦/ب] حصل بنسيانه وتفريطه قال أصحابنا: وفي هذا نظر لأن المتعدي لا يضمن نقصان السعر كالغاصب ولعله أراد الخسران بنقصان العين، **والثاني**: ينقلب ملكهما إلى العامل لأنه فرط في الاختلاط وعليه قيمتهما كما لو أتلفهما يلزمه قيمتهما.

فرع آخر

لو أخذ مالاً قراضاً لا يمكنه القيام به والتصرف فيه فتلف بعضه ضمنه لأنه فرط بأخذه حين لا يمكنه القيام به.

فرع آخر

لو اشترى العامل ما يعلم أنه لا فضل فيه لا في الحال ولا في ثاني الحال لم يجز.

فرع آخر

لو كان مال القراض عبداً فقتله عبد لأجنبي وجب القصاص على قاتله، فإن لم يكن في المال فضل فلرب المال القصاص والعفو، فإن اقتص فلا كلام وزال القراض، وكذلك إن عفا على غير مال، وإن عفا على مال نظر، فإن عفا على قدر القيمة ولم يكن حال العفو في المال فضل فالكل لرب المال والقراض بحاله لأن بدل مال القراض على من أتلفه يقوم مقامه، وإن كان في حال العفو فضل كان الفضل بينهما على الشرط، وإن قتل وفي المال فضل حين القتل ليس للعامل أن يقتص وحده ولا لرب المال وحده أن يقتص، فإن اتفقا نظر، فإن عفوا على غير مال زال القراض، وإن عفوا على مال كان المال قراضاً والفضل بينهما على الشرط، وإن عفا **أحدهما**: سقط القصاص كالوليين إذا عفا أحدهما، ومن أصحابنا من قال: هل يسقط بعفو العامل؟ وجهان بناءً على أنه شريك أو وكيل، ولو قتل خطأً أخذت القيمة وكانت في مال القراض بلا إشكالٍ.

فرع آخر

لو سرق المال من يد العامل هل يكون العامل خصماً في المطالبة به من غير توكيل من مالكه؟ وجهان **أحدهما**: قال ابن سريج: يكون خصماً فيه وكيلاً في المطالبة به لأن عقد القراض قد تضمنه، **والثاني**: وهو قول الأكثرين لا يكون خصماً فيه لأن عمله مقصور على البيع والشراء، وقال صاحب «الحاوي»: الأول أشبه بالصواب لأن عقد القراض موجبٌ [١٣٧/أ] على العامل استبقاء ماله وحفظ أصله، ألا ترى أنه لو

استرجع من سارقه كان قراضاً بمتقدم عقده.

فرع آخر

لو قدم مائة دينار وألف درهم فقال: قارضتك على **أحدهما**: بالنصف لم يصح لأنه جهالة فتمنع صحته.

فرع آخر

لو دفع إلى رجل مائة دينار فخسر خمسين فقال لصديقٍ له: خسرت خمسين وأخشى إن علم صاحب المال أخذه مني فأقرضني خمسين حتى أضمها إلى ما عندي وأريه إياها ثم أردها ففعل وأراها صاحب المال فأخذ المال وفسخ القراض، ثم أقام المقرض البينة بما فعله قال الشافعي في أمالي حرملة: ليس له استرجاع الخمسين لأنه أقرضه إياها وملكها وزال ملكه عنها إلى غيره فصار كما لو تلفت في يده فلم يكن له الرجوع إلى العين بل كان حقه في ذمة المستقرض.

فرع آخر

لو اشترى بمال القراض جارية قد ذكرنا أنه لا يجوز لواحدٍ منهما وطئها، فلو أذن أحدهما لصاحبه بالوطئ فإن أذن رب المال للعامل لم يجز لأن الوطء لا يستباح بالإباحة، وإن أذن العامل لرب المال، فإن كان في المال ربح وقلنا يملكه العامل بالظهور لم يستبح وطئها، وإن لم يكن في المال ربح أو قلنا: لا يملك العامل الربح بالظهور جاز له وطئها كما لو أذن المرتهن للراهن بالوطئ يجوز.

فرع آخر

لو دفع إلى رجلٍ أرضاً على أن يغرسها العامل بغرسٍ من عنده على أن تكون الأرض بينهما والغراس بينهما فالمعاملة فاسدة قال ابن سريج: هذه ليست بشركة ولا قراض فتكون الأرض لرب الأرض والغراس للعامل ولرب الأرض على العامل أجرة مثل أرضه، فإن طالبه رب الأرض بالقلع، فإن كان لا ينقص قيمته بالقلع فعليه القلع ولا شيء له على رب الأرض، وإن كان ينقص كان لرب المال مطالبته به وعليه ما نقص، وإن اتفقا على ترك الغراس بالأجرة فلا كلام، وإن اختلفا فقال رب الأرض: اقلع غرسك وعليّ ما نقص [١٣٧/ب] وقال رب الغراس: بل أنا أقره في أرضك بالأجرة قدمنا قول رب الأرض، ولو قال رب الغراس: اقلع وعليك ما نقص، وقال رب الأرض: بل تقره وعليك الأجرة قدمنا قول صاحب الغراس، ويقال لرب الأرض: أعطيك قيمة الغراس فيكون الغراس مع الأرض لي، وقال الغارس: اقلع وعليك ما نقص قدمنا قول العامل، ولو كان بالضد فقال العامل: أعطني قيمة غرسي ليكون لك مع الأرض، وقال رب الأرض: بل اقلع وعليّ ما نقص قدمنا قول رب الأرض، وإن اختلفا في القيمة والأجرة فقال رب الأرض: خذ القيمة ليكون الكل لي، وقال العامل: بل أقره ولك الأجرة أو قال رب الأرض: أعطني الأجرة وأقره في أرضي وقال: بل

أعطني القيمة ليكون الكل لك لم يجبر واحدٌ منهما على ما يطلبه الآخر، ولو كان مكان الغراس زرع لم يملك رب الأرض مطالبته بقلعه لأن له غاية ينتهي إليها ومتى قلع هلك ولم يحصل الزارع على شيء ولكن يلزمه أجر المثل إلى الحصاد.

فرع آخر

يجوز أن يضارب مع رجلٍ بماله ثم يضارب مع آخر، وقال أحمد: لا يجوز إذا كان فيه ضرر على الأول فإن ضارب ثانياً وكان في المال ربح رده على شريكه الأول وهذا غلط لأنه عقد جائز فلا يمنع العقد مع غير المعقود معه كالوكالة. وبالله التوفيق والعصمة.

كتاب المساقاة

مسألة: قال الشافعي[1] ساقى رسول الله ﷺ أهل خيبر الخبر الفصل. وهذا كما قال: المساقاة عقد صحيح وهو أن يكون للرجل نخيل فيدفعها إلى رجل على أن يسقيها ويلحقها ويصرف جريدها مدةً معلومةً ويكون ما يخرج من الثمرة بينهما على ما يتشارطان والمساقاة مشتقة من السقي فكأن العقد لما كان واقعاً على السقي سمي [١٣٨/أ] باسمه، فإن قيل: لم خصَّ باسم السقي وهو يقع على غير السقي من التلقيح وغيره قلنا: لأن هذه العبارة أخف من أن يقال: ملاقحة أو مساعفة أو مجاردة ونحو ذلك ولأن المقصود ليبقى والباقي تابع له خاصةً في الحجاز لأن سقيهم من الآبار وقيل: سميت مساقاة لأنها معاملة على ما يشرب بساقٍ وقيل: لأن موضع النخل والشجر يسمى سقياً والأصل في جوازها ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ لما افتتح خيبر وأجلى أهلها أتوه وقالوا: نحن أعلم بأمر النخيل منكم فأعطونا نكفيكم فساقاهم على ذلك وقال: «أقركم ما أقركم الله على التمر بيننا نصفين»[2] وإنما قال هذا لأنهم لا يرون الفسخ فخاف أن يظنوا أنه أمر لازم لا يجوز رده فشرط ذلك عليهم ولا يجوز لأحدنا هذا الشرط لأنا لا ندري كم يقرهم الله تعالى وجاز ذلك لرسول الله ﷺ إذ كان يوحى إليه بأمر الله تعالى فيهم، ثم بعث عبد الله بن رواحة ليخرص عليهم فاستقبلوه بحليّ نسائهم رشوةً له ليخفف لهم في الخرص فقال: هذا سحت في ديني فأرادوا أن يستدرجوه بالكلام فقالوا: أنت أحب من تقدم علينا من هذه الجهة أنت ابن أختنا وكانت أمه خيبرية فقال عبد الله: أما أنا فقد قدمت من عند رجل هو أحب إلي من نفسي التي بين جنبيّ، وقدمت على قومٍ أبغض إلي من القردة والخنازير، فقالوا: إذاً لا يمكنك أن تعدل بيننا فقال: حبي إياه لا يحملني على الميل إليه، وبغضي إياكم لا يحملني على الحيف بكم ثم خرص عليهم مائة ألف وسقٍ فقالوا: أجحفت بنا فقال: إن شئتم فلكم، وإن شئتم فلي يعني إن شئت خليت بينكم وبينها وتردون عليّ النصف بهذا الخرص، وإن شئتم خليتم بيني وبينها وأرد عليكم النصف فقالوا: هذا هو العدل وبه قامت السموات والأرض فأخذوا ذلك وضمنوا له التمر بخرصه فروي أنه لم ينقص عما قال بعشرة أوسقٍ، وروى جابرٌ: «خرصها أربعين ألف وسقٍ»[3]، وروى ابن عمر رضي الله [١٣٨/ب] عنهما أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمرٍ وزرعٍ[4].

واعلم أنه لا بد فيها من شرطين **أحدهما**: أن تكون مدتها معلومة، **والثاني**: أن

---

(١) انظر الأم (٣/ ٦٩).
(٢) أخرجه البخاري (٢٢٨٥)، ومسلم (١/ ١٥٥١).
(٣) أخرجه البيهقي في «معرفة السنن» (٣٧١٤).
(٤) أخرجه البخاري (٢٣٣٨، ٢٧٣٠)، ومسلم (١٥٥١).

يكون نصيب العامل معلوماً بجزءٍ مثل النصف أو الثلث ونحو ذلك وهو لنا قال جماعة الفقهاء مالك والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو يوسف ومحمد، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وسعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم، وقال أبو حنيفة وحده: المساقاة باطلة ووافقه زفر.

وحكي عن النخعي أنها مكروهة واحتجوا بالقياس على المزارعة وهذا غلط للخبر الذي ذكرنا. فإن قيل: هذا الخبر صار منسوخاً بما روي عن النبي ﷺ «أنه نهى عن المخابرة» وهي معاملة أهل خيبر[١] قلنا: المخابرة هي المزارعة واشتقاقها من الخبّار وهو الأرض اللينة، والخبّير الأكار وقال: قال الشافعي في «المختصر»: المخابرة باطلة لما روى رافع بن خديج أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة ولم تردّ إحدى سنَّتيه بالأخرى وقصد به الرد على أهل العراق فإن منهم من قال: تجوز المخابرة قياساً على المساقاة وبه قال محمد، ومنهم من أبطل المساقاة قياساً على المخابرة وبه قال أبو حنيفة ونحن لا نرد سنَّة بسنَّةٍ لأن النبي ﷺ أجاز المساقاة فأجزناها وأبطل المخابرة فأبطلناها. واعلم أن المزارعة والمخابرة باطلتان وصورة المزارعة أن يقول صاحب الأرض لرجل: ازرع هذه الأرض ببذري وآلتي والزرع بيننا. والمخابرة أن يقول: ازرع ببذرٍ وآلةٍ من عندك.

وتمام خبر رافع بن خديج ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال: كنا نخابر أربعين سنةً ولا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خديج أن النبي ﷺ نهى عنها فتركناها لقول رافع[٢] وهذا دليل على أن العمل بالمنسوخ [١٣٩/أ] جائز ما لم يبلغ النسخ المأمور واعلم أن الخبر الذي ذكرنا يدل على أن المساقاة إذا صحت بينهما يجوز الخرص فيها.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان **أحدهما**: هذا، **والثاني**: لا يجوز لأن تلك كانت معاملة بين الكفار والمسلمين فاحتمل نوعاً من الغرر بخلاف ما إذا كان بين المسلمين وفيه دليل على أن الثمرة إذا خرصت جاز تسليمها إلى العامل بعد أن يضمن لمالك النخيل حصته من الثمن وكما ضمنت اليهود حصة المسلمين ويجوز تسليمها إلى المالك أيضاً إذا ضمن حصة العامل وفيه دليل على أنها إذا سلمت إلى العامل بعد الضمان يتبسط العامل في جميعها بيعاً وأكلاً وانتفاعاً وأن الخرص تضمين وهو أحد القولين، ثم اعلم أن المساقاة جائزة في الكرم أيضاً كما تجوز في النخل.

واختلف أصحابنا في الكرم هل قال به الشافعي نصاً أو قياساً؟ فمنهم من قال: قاله نصاً وهو ما روى ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من النخل والكرم»، وروي أنه ساقى في النخل والكرم ومنهم من قال وهو

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٨١)، ومسلم (١٥٣٦).

(٢) أخرجه الشافعي في «المسند» (٤٤٧)، ومسلم (١٥٣٦).

الأشبه: أنه قال به قياساً على النخل لاشتراكهما في وجوب الزكاة فيهما وبدون ثمرتهما وإمكان خرصهما، وقال داود: لا يجوز الخرص في الكرم اعتباراً بالنص وهذا غلط لما ذكرنا ولأنه لو كان الاعتبار بعين النص لما جازت المساقاة بالثلث والربع لأن النص ورد في المساقاة بالنصف فدل أن الاعتبار بالمعنى وهو ما قلنا، وقال الليث بن سعد: تجوز المساقاة فيهما إذا لم يكن بعلاً ولا يجوز فيما كان بعلاً، وأما ما عدا النخل والكرم على ضربين ضرب لا أصل له ثابت مثل القصب والموز والباذنجان والبطيخ فلا تجوز المساقاة عليها قولاً واحداً، وحكي عن مالك أنه قال: تجوز في المقاتي والمطابخ والباذنجان وفي كل ما لم يبدُ صلاحه لحدوث ثمرها مرةً بعد مرةً وهذا خطأ لأن ما لم يكن [١٣٩/ب] شجراً يابساً فهو بالزرع أشبه والمخابرة على الزرع باطلة بالاتفاق، **والثاني**: ما له أصل ثابت كالزيتون والتفاح والتين والسفرجل ونحو ذلك ففيه قولان قال في القديم: يجوز، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد لما روى الدارقطني بإسناده «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بالشطر مما يخرج من النخل والشجر»[1] ولأنها تثمر في كل حولٍ فهي كالنخل والكرم، وحكي عن مالك أنه قال: لو كان له زرع فاشتد جاز أن يدفعه إلى من يقوم بعمله من السقي وغيره ويكون بينهما، وقال في الجديد: لا يجوز وهذا ظاهر المذهب لأن ما لا تجب الزكاة في نمائه لا تجوز المساقاة عليه كالتوت ونحوه، وأما النخل والكرم ينميان بالعمل فالنخل يفتقر إلى اللقاح والكرم إلى الكساح ولا يحصل نماؤهما إلا بالعمل بخلاف سائر الأشجار لأنه يثمر من غير عمل عليه فافترقا، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذان القولان مبنيان على أن الخرص هل يدخل فيما عدا النخل والكرم؟ وفيه قولان والأصح أنه يجوز فيها.

فرع

المساقاة عقد لازم لأنه يفتقر إلى مدةٍ معلومةٍ كالإجارة ولا يلزم على هذا الكتابة لأنها تفتقر إلى مدتين، والفرق بينها وبين القراض أن المقارض يتصرف في رقبة المال بإذن صاحبه كالوكيل والمساقي لا يتصرف في رقبة المال بل يعمل بعوضٍ يحصل له فهو كالأجير والإجارة من العقود اللازمة.

فرع آخر

هل يدخل العرجون في المساقاة؟ وجهان: **أحدهما**: يدخل لأنه يصرم مع الرطب، **والثاني**: لا يدخل لأنه لا يدّخر عليه وينتفع به دونه فإن الأغداق يقطف عنها الرطب ويرمى بها فلم يدخل فيها.

فرع آخر

سواقط النخل من السعف والليف لرب النخل، فلو شرطا أن يكون بينهما فيه

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٣٨).

وجهان **أحدهما**: يجوز لأنها نماء كالثمرة، **والثاني**: لا يجوز لأنها ليست من معهود النماء ولا [١٤٠/أ] مقصوده.

فرع آخر

لا يجوز فيما لا ثمرة له بلا خلافٍ كالخلاّف والتوت الذكر والقص الفارسي ونحو ذلك.

فرع آخر

هل يجوز على نخلٍ غائبٍ بشرط خيار الرؤية؟ قد قيل: فيه قولان والأصح أنها لا تجوز قولاً واحداً، والفرق أن البيع تعدى على الغرر، فإذا دخل عليه غرر العين الغائبة بخيار الرؤية قوي على احتماله وعقد المساقاة غرر فيضعف عن احتمال غررٍ آخر.

فرع آخر

يلزم أن يعقداه بلفظ المساقاة فإن عقداه بلفظ الإجارة فقال: استأجرتك للعمل فيها كان باطلاً لأن الإجارة فيها لا تصح، فإذا عقد بلفظ الإجارة الصرف إليها فبطل.

فرع آخر

لو قال: عاملتك عليها بالعمل فيها على الشطر من ثمرها فيها وجهان **أحدهما**: يجوز لأن عقد المساقاة هكذا، **والثاني**: لا يجوز لأن هذا من أحكام العقد فلم يعقد به العقد وهذا كاختلاف أصحابنا في البيع بلفظ التمليك هل يجوز أم لا؟

فرع آخر

لو أراد العامل أن يساقي غيره عليها مدة مساقاته جاز بمثل نصيبه فما دونه كالإجارة ولا يجوز بأكثر من نصيبه لأنه لا يملك الزيادة ويخالف العامل لا يقارض لأنه يتصرف في حق رب المال لأنه لا يلزم، وهذا تصرف في حق نفسه للزوم العقد فملك الاستنابة في تصرفه.

مسألة(١): قال: «وتجوزُ المساقاةُ سنينَ».

وهذا كما قال: المدة في المساقاة كالإجارة تجوز سنةً وفي الزيادة قولان **أحدهما**: لا تجوز الزيادة، **والثاني**: وهو الصحيح المنصوص ها هنا أنه تجوز الزيادة عليها فإذا قلنا: تجوز نص الشافعي في الإجارة أنها تجوز ثلاثين سنة والمساقاة في حكمها، واختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال: ذكره تحديداً فلا تجوز الزيادة، وقال بعضهم: تجوز الزيادة وإنما ذكره على سبيل التكثير دون التحديد فتجوز الإجارة إلى الوقت الذي يبقى ذلك الشيء إليه غالباً والمساقاة مثلها، وقال بعض أصحاب الحديث [١٤٠/ب] تجوز المساقاة من غير تقدير بمدة لأن النبي ﷺ «ما قدر لأهل خيبر مدةً»، وقال أبو ثور: إن قدرت بمدةٍ لزمت إلى انقضائها وإن لن تقدر بمدة صحت وكانت على سنة واحدة وهذا غلط قياساً على عقد الإجارة. وأما ما ذكره لا يصح لأنه يحتمل

---

(١) انظر الأم (٣/ ٧١).

أن رسول الله ﷺ ذكر المدة ولم ينقل.

فرع

إذا جوزناها سنين هل يلزم ذكر نصيب كل سنة؟ ففي الإجارة قولان وفي المساقاة طريقان **أحدهما**: فيه قولان، **والثاني**: قاله أبو إسحاق يلزم قولاً واحداً لأن ثمار النخل تختلف باختلاف السنين ومنافع الإجارة لا تختلف.

فرع آخر

لو ساقاه ثلاث سنين على أن الثمر في السنة الأولى بينهما نصفين، وفي السنة الثانية أثلاثاً وفي السنة الثالثة أرباعاً جاز، ذكره أكثر أصحابنا كما في الإجارة، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز حتى يتساوى نصيبه في جميع السنين لأنها عقود مختلفة في عقدٍ كما لو أسلم في قفيز حنطة وقفيز شعير في عقد واحد لا يجوز وهو ضعيف.

فرع آخر

يلزم أن تقدر بالشهور التي قد أجرى الله تعالى العادة بأن الثمار تطلع فيها اطلاعاً متناهياً فإن تأخر اطلاع الثمرة فيها بحادثٍ ثم اطلعت بعد تقضيها فالصحيح من المذهب أن العامل شريك فتكون الثمرة بينهما، وإن انقضت مدة المساقاة قبل اطلاعها لأن ثمرة هذا العام حادثة على ملكها ولا يلزمه العمل بعد انقضاء المدة، وإن استحق الثمرة إلا فيما يختص بالثمرة من التأبير والتلقيح، ومن أصحابنا من قال: العامل أجير فعلى هذا لا حق له في الثمرة الحادثة بعد انقضاء المدة ولا يستهلك عمله غير بدلٍ فيحكم له حينئذ بأجرة المثل.

فرع آخر

لو ساقاه عشر سنين على أن له نصف الثمرة في سنةٍ منها فإن لم يعينها لا يجوز، وإن عينها فإن كانت غير السنة الأخيرة لا يجوز لأنه شرط عليه بعد حقه من الثمرة عملاً لا يستحق عليه [١٤١/أ] عوضاً، وإن كانت السنة الأخيرة فيها وجهان **أحدهما**: يجوز كما يجوز أن يعمل في جميع السنة، وإن كانت الثمرة في بعضها، **والثاني**: لا يجوز لأنه يعمل مدةً يثمر فيها ولا يستحق شيئاً من ثمرها وبهذا خالف السنة الواحدة.

فرع آخر

لو ساقاه عشر سنين فاطلعت ثمرة السنة العاشرة بعد تقضيها لم يكن للعامل فيها نصيب لتقضي مدته وزوال عقده، ولو اطلعت قبل تقضي تلك السنة ثم تقضت ولم يبد صلاحها وهي طلع أو بلح بعد كان له حقه منها لحدوثها في المدة ثم إن قلنا: إنه أجير فعليه أن يأخذ حقه منها طلعاً أو بلحاً وليس له استبقاء حقه إلى بدء الصلاح، وإن قلنا: إنه شريك كان له استبقاؤها على النخل إلى بدء الصلاح وتناهي الثمرة.

فرع آخر

لو ساقاه على النخل فاطلعت بعد قبض العامل لها وقبل عمله فيها استحق نصيبه من

تلك الثمرة لحدوثها في يده، ولو أطلعت قبل قبضه وتصرفه فيها فإن قلنا إنه أجير لم يكن له في تلك الثمرة نصيب لارتفاع يده، وإن قلنا: إنه شريك استحق نصيبه من تلك الثمرة لأنها بعد العقد حادثة عن ملكهما وعلى العامل أجرة مثل ما استحق عليه من العمل فيها.

فرع آخر

لو قال: ساقيتك على هذه النخيل سنةً ولم يذكر قدر نصيبه قال ابن سريج: يجوز وتكون الثمرة بينهما نصفين حملاً على عرف الناس في المساقاة، ولو قال: عاملتك على هذه النخيل سنة ولم يذكر قدر نصيبه لم يجز لأنه ليس للمعاملة عرفٌ، والمشهور عند أصحابنا أنه يجوز فيها لأن نصيب العامل مجهول.

مسألة[١]: قال: «وإذا ساقاهُ على نخلٍ وكانَ فيهِ بياضٌ لا يوصلُ إلى عملهِ إلا بالدخول إلى النخلِ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان بين النخيل بياض لا يخلو إما أن يكون يسيراً أو كثيراً، فإن كان يسيراً يجوز أن يزارع فيه ولكن لا يدخل في عقد المساقاة إلا بالشرط [١٤١/ب] وقال مالك: له أن يزرع البياض بغير إذن مالكه إذا كان أقل من الثلث وهذا غلط لأن العقد لا يصح إلا بالتسمية كسائر العقود، فإذا تقرر هذا فلو قال: ساقيتك على النخل على كذا أو زارعتك في الأرض على كذا يجوز قولاً واحداً وهذا روي أن النبي ﷺ لما دفع النخل إلى أهل خيبر دفع البياض إليهم على أن لهم نصف النخل والزرع ولرسول الله ﷺ النصف وكان الزرع كما وصفنا بين ظهراني النخيل يسيراً، ولولا الخبر لما جوّزناه ولا فرق بين أن يسوي بينهما في الحصة أو يخالف بينهما فيقول: ساقيتك على النخل بالنصف وخابرتك على الأرض بالدفع.

وقال في «الحاوي»[٢]: إذا خالف فيه وجهان قال البغداديون: يجوز، وقال البصريون: لا يجوز لأنهما إذا تفاصلا تميزا ولم يكن **أحدهما**: تبعاً ولا متبوعاً، ولا فرق بين أن يأتي بلفظٍ هو الصريح في كل واحدٍ منهما نحو ما ذكرنا من لفظ المساقاة والمخابرة وبين أن يأتي بلفظٍ يجمع الأمرين معاً فيقول: عاملتك على الأرض والنخل معاً بالنصف مما تخرجه من ثمرٍ وزرعٍ، ولو قال: ساقيتك في النخل على أن أزارعك في البياض لم يجز لأنه جعل عقد المزارعة شرطاً في عقد المساقاة فلا يجوز كما لو قال: أساقيك على هذا البستان على أن أساقيك في بستانٍ آخر، ولو عقدا على النخل ولم يعقدا على البياض ثم عقدا على البياض عقداً مستأنفاً لا يخلو إما أن يكون مع العامل في النخل أو مع غيره، فإن كان مع غيره لا يجوز قولاً واحداً، وإن كان مع العامل هل يجوز؟ فيه وجهان:

---

(١) انظر الأم (٣/ ٧١).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣٦٦).

أحدهما: يجوز للضرورة فإنه لا يمكن تعهد النخل إلا بتعهده ويؤدي إلى اشتراك الأيدي فيه.

والثاني: لا يجوز وهو اختيار البصريين من أصحابنا لأنه جوّز ذلك تابعاً للمساقاة فلا يجوز إفراد التابع بالعقد وعلى هذين الوجهين اختلفوا فيمن اشترى نخلاً ذات ثمرةٍ لم يبد صلاحها، ثم اشترى الثمرة [١٤٢/أ] في عقدٍ آخر بغير شرط القطع فأحد الوجهين يجوز لأنه تبع لأصلٍ صار إلى مشترٍ واحد فصار كما لو جمعهما في عقدٍ واحد، **والثاني**: لا يجوز لتفرد كل عقد بحكمه وعلى هذا إذا بدا الصلاح في بعض ثمار النخيل فباع الكل مطلقاً يجوز ويكون ما لم يبد فيه الصلاح تابعاً لما بدا، فلو عقد على ما بدا فيه الصلاح مطلقاً ثم عقد معه على ما لم يبد فيه الصلاح مطلقاً هل يكون تابعاً للأول؟ وجهان فإن قال قائل: إذا جوزتم المخابرة على البياض تبعاً للمساقاة فهلا جوزتم إجارة النخل تبعاً لإجارة الأرض؟ قلنا: الفرق أن المساقاة والمخابرة تتجانسان لأن الثمار واجد يوجد من أصول باقية فجاز العقد عليهما تبعاً لتجانسهما، ومنافع الأرض في الإجارة آثار وفي النخل أعيان فلم يتجانسا ولم يجز العقد عليهما تبعاً لاختلافهما، ولو كان البياض كثيراً والنخيل قليله قال أبو إسحاق: لا تجوز المزارعة فيه لأنه لا يجوز أن يكون الكثير تابعاً للقليل، ومن أصحابنا من قال: يجوز لأن الضرورة في اليسير والكثير واحدة وهي أنه لا يمكن سقيها إلا بسقي النخيل فإذا قلنا: لا يجوز يؤاجر الأرض ويساقي على النخل.

فرع

لو كان البياض في ناحية متميزاً عن النخيل لا يجوز أن يزارعه فيه بحالٍ لا منفرداً ولا مجموعاً لأنه لا ضرورة إلى تجويزها.

فرع آخر

إذا جوزنا وعقد عليهما عقداً واحداً هل يجب أن يكون البذر لرب المال أو للعامل؟ وجهان **أحدهما**: يجب أن يكون لرب المال لأنه أصل النماء كالنخيل، **والثاني**: يجب للعامل لأن الأصل هو الأرض والبذر يجري مجرى المؤن فيكون على العامل وقيل: البذر على من شرط منهما وكذلك البقر، ولو شرط البذر على العامل والبقر على رب المال وجهان لأن عمل البقر ينقطع قبل خروج الزرع وإدراكه.

فرع آخر

لو شرطا التبن لصاحب البذر والحب للثاني وجهان، ولو شرطا أن يكون التبن والحب لهما جاز.

فرع آخر

لو كان بين [١٤٢/ب] النخل المساقاة زرع لرب النخل كالموز والبطيخ وقصب

السكر فساقاه على النخل والزرع معاً على أن يعمل فيها بالنصف منها فيه وجهان تجوز المساقاة في الزرع تبعاً للمساقاة في النخل كما تجوز المخابرة تبعاً للمساقاة، **والثاني**: لا تجوز، والفرق أن المساقاة على الزرع هي استحقاق بعض الأصل والمخابرة على الأرض لا يستحق فيها شيء من الأصل.

فرع آخر

لو كان في البياض بين النخيل زرع ثابت هل يجوز المزارعة عليه؟ وجهان مبنيان على القولين في الثمرة الخارجة هل تجوز المساقاة عليها أم لا.

فرع آخر

إذا زرع العامل البياض من غير إذن رب النخل قال الشافعي: هو كمن زرع أرض غيره لغير إذنه يعني أنه بمنزلة الغاصب، وقد ذكرنا، وقال أبو حنيفة: إذا زرع أرض غيره وقلعه مضر بالأرض أجبر الزارع على أخذ قيمته مقلوعاً إذا أراد صاحب الأرض، وعندنا لا يجبر عليه.

فرع آخر

لو قال: ساقيتك على النخل والأرض بالنصف لم يصح في الأرض لأن المساقاة لا يتناولها وصح في النخل ويجب أن يبنى هذا على تفريق الصفقة.

مسألة(١): قال: «ولا تجوزُ المساقاةُ إلا على جزءٍ معلومٍ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا ساقاه على جزء معلوم من الثمار يجوز كما قلنا في القراض، ولا فرق بين أن يشترط له الأقل ولرب المال الأكثر أو بالضد من هذا ولا يجوز حتى يكون السهم معلوماً من جميع ثمرة النخل، ولو ساقاه على أن لرب المال ثمرة نخلاتٍ بعينها وثمرة الباقي للعامل أو على أن للعامل ثمرة نخلاتٍ بعينها ولرب المال ما بقي أو على أن لرب المال صاعاً منها وما فضل للعامل أو على أن للعامل صاعاً منها ولرب المال ما بقي فالكل باطل لأنه يفضي إلى أن ينفرد **أحدهما**: بكل الثمار ولا شيء لصاحبه فيه، فإن عمل فله أجر مثله فيما عمل والثمرة كلها لرب النخل وهكذا الحكم في كل موضع حكمنا بفساد المساقاة.

مسألة(٢): قال: «ولو دخلَ في النخلِ على الإجارة» [١٤٣/أ].

الفصل

وهذا كما قال: هذه المسألة ليست من كتاب المساقاة وإنما هي من كتاب الإجارة، وإنما ذكرها الشافعي ها هنا ليبين الفرق بين المساقاة والإجارة فإن المساقاة جائزة على ثمرةٍ لم تخلق ولا تجوز الإجارة عليها إلا بعد وجودها، فإذا ثبت هذا نقول: إذا استأجر

---

(١) انظر الأم (٣/ ٧٢).

(٢) انظر الأم (٣/ ٧٢).

رجلاً ليعمل له عملاً بثمرة النخل لا تخلوا الثمرة من أن تكون معدومة أو موجودة، فإن كانت معدومة لا يجوز أن يستأجر على بعضها، وإن كانت موجودة لا يخلو إما أن يكون قد بدأ فيها الصلاح أو لم يبد، فإن كان قد بدأ فيها الصلاح فالإجارة جائزة من غير شرط القطع سواء جعل جميع الثمرة له أو جزءاً معلوماً منها أو ثمرة نخلاتٍ بعينها، وإن لم يبد فيها الصلاح لا يجوز العقد عليها إلا بشرط القطع كما قلنا في البيع وإذا شرط القطع، فإن شرط له جميع الثمرة جاز لأنه إذا جاز أن يكون مبيعاً جاز أن يكون أجرةً، وإن شرط له جزءاً معلوماً لا يجوز لأنه لا يقدر على قطعه إلا بقطع جميعه ولا سبيل له إلى قطع نصيب صاحبه بوجهٍ من الوجوه فلم يصح العقد عليه بهذا الشرط، وإن كان بلفظ المساقاة لا يخلو إما أن تكون الثمرة موجودة أو معدومة، فإن كانت معدومة جاز، وإن كانت موجودة قال في «الأم»: إذا ساق على ثمرةٍ حصلت جاز لأنه إذا جاز والثمرة معدومة كان جوازها والثمرة موجودة أولى لأن الغرر أقل وبه قال مالك.

وقال في «البويطي»: إذا ساق عليها وقد خلقت لم تجز فالمسألة على قولين ووجه ما قال في البويطي أن الثمرة إذا ظهرت دخلت في ملكه فلا يجوز أن يشترط سهماً من عين ملكه كما في القراض، ولأن علة جوازها أن يكون لعمله تأثير في حصول الثمرة كما يكون في القراض لعمل العامل تأثير في حصول الربح وهذا أصح وهذا إذا كان بقي من العمل عليها ما فيه مستزاد في الثمار مثل السقي وتصريف الجريد وقطع الحشيش المضر [١٤٣/ب] بالنخل، فأما إذا لم يبق من العمل عليها ما فيه مستزاد في الثمرة مثل إن بلغت أوان الجداد لا يجوز قولاً واحداً.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: يجوز قبل بدو الصلاح قولاً واحداً وبعد بدو الصلاح وجهان، وقال المزني: إن كان قبل بدو الصلاح يجوز وبعده لا يجوز، وقال أبو ثور: إن احتاجت إلى القيام بها حتى تطيب جاز وإلا فلا يجوز، وقال أبو يوسف ومحمد: إن كانت تزيد جاز وإلا فلا يجوز.

مسألة(١): قال: «وكلُّ ما كانَ فيه مستزاد في الثمرةِ من إصلاحِ الماءِ».

الفصل

وهذا كما قال: الأعمال التي تعمل في النخل على ثلاثة أضرب أحدها ما كان مستزاداً في الثمرة ولا يزاد لأجل النخل مثل التلقيح والسقي وتصريف الجريد وإصلاح الآبار والأجاجين وهي المواضع التي يجتمع الماء فيها تحت النخيل وقطع الحشيش المضر بالنخل وإدارة ثور الدولاب واللقاط عند اللقاط والصرام عند الصرام ونحو ذلك يستحق على العامل من غير شرط، فإن شرطها في عقد المساقاة على رب النخل لم

---

(١) انظر الأم (٣/ ٧٢).

يصح قال القفال: ومن جملة هذا تنقية البئر أو النهر من الحمأ الذي فيه لا من تراب آخر طرح فيه فطمت به.

وقال بعض أصحابنا: في اللقاط والجداد وجهان **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: لا يلزم العامل إلا بشرط لتكامل الثمرة بغيره، وقال في «الحاوي»[(١)]: السقي وقطع الحشيش المضر بالنخل مما يعود نفعهما إلى النخل والثمرة معاً، فإن كان مما لا تصلح الثمرة إلا به كالسقي فيما لا يشرب بعروقه من النخل فهو على العامل يستحق من غير شرط، وإن كان مما يشرب بعروقه كنخيل البصرة فهو وغيره من الشروط التي تكون من هذا الجنس على ثلاثة أوجه أحدها أنها على العامل والشرط فيه تأكيد لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة، [١٤٤/أ] **والثاني**: أنها على رب النخل واشتراطها على العامل يبطل العقد لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة، **والثالث**: يجوز اشتراطها على العامل لما فيه من زيادة الثمرة، ويجوز اشتراطها على رب النخل لما فيه من صلاح النخل، وإن أغفل لم يلزم واحداً منهما، أما العامل فلأنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه، وأما رب النخل فلأنه لا يجبر على تثمير ماله.

وقال أبو إسحاق: إذا أهمل ذكر هذا العمل في العقد ولم يشترط على واحدٍ منهما لم يصح العقد لأنه ليس **أحدهما**: بالتزامه بأولى من الآخر حكاه القاضي الطبري. **والثاني**: ما يراد لأجل النخل وليس فيه مستزاد في الثمرة مثل سد الحظار وإصلاح الدولاب وحفر الأنهار لاستخراج الماء فهذا كله على رب المال، فإن شرط على العامل بطل عقد المساقاة.

وقال بعض أصحابنا: يبطل الشرط وتصح المساقاة بناءً على الشرط الزائد في الرهن يبطل ولا يبطل الرهن في أحد القولين، وقال مالك: يجوز أن يشترط على العامل كل ما يعود نفعه إلى رب النخل من عمارة الحائط ونحوها، **والثالث**: ما يراد للنخيل والثمرة كالثور الذي يدير الدولاب وكسح النهر لإجراء الماء فيه ونحو ذلك قال أكثر أصحابنا يجوز شرطها على العامل ويجوز شرطها على رب المال وإن أطلق بطل هكذا ذكره القاضي الطبري وقد ذكرنا فيه ثلاثة أوجه وقيل: ثور الدولاب كبناء الدولاب ولا يجوز شرطه على العامل قولاً واحداً وهذا أقيس عندي، وكذلك كسح الأنهار لإجراء الماء إلا على ما وصفنا، وقال بعض أصحابنا: كل ما قلنا أنه على العامل إذا شرطه على رب المال يبطل العقد إلا السقي فإنه قال في البويطي: إذا شرط سقي الماء على رب المال يجوز لأن الشافعي قال: لو ساقاه على بعلٍ جاز والبعل لا يشرب بعروقه من غير سقي وبالله التوفيق.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣٧١).

كتاب الشرط في الرقيق

مسألة[1]: [١٤٤/ب] قال: «ولا بأسَ أنْ يشترطَ المساقي على رب النخل غلماناً يعملون معه».

الفصل

وهذا كما قال: إذا شرط العامل على رب المال غلماناً يعني عبيداً يعملون معه في المساقاة أطلق الشافعي أنه يجوز، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: إنما يجوز أن يعملوا ما على السيد أن يعمله من سد الحظار وحفر الآبار، فإما أن يعملوا ما فيه مستزاد في الثمرة لا يجوز ذلك لأن عملهم كعمل رب المال ولا يجوز شرط ذلك، كذلك لا يجوز هذا وكما ذكرنا في القراض لا يجوز، ومن أصحابنا من تمسك بظاهر النص وقال: يجوز ذلك لأن ذلك مما يتوصل العامل به إلى تمام العمل ومقصود العقد، والفرق بينهم وبين ما لو شرط رب المال العمل معه لا يجوز أن الرقيق يجوز أن يكون في العمل والتدبير تابعاً للعامل، ولا يجوز أن يكون رب المال تابعاً وهذا اختيار عامة أصحابنا والمذهب الصحيح في القراض أنه لا يجوز ذلك، والفرق بينهما أن في المساقاة يجوز أن يشترط على رب النخل الثور وكسح النهر فجاز أن يشترط غلمانه أيضاً، وفي القراض لا يجوز أن يشترط غير الغلام فكذلك لا يجوز شرط الغلام، فإذا تقرر هذا إنما يجوز شرط الغلمان بشرطين **أحدهما**: أن يكون عددهم معلوماً وعملهم على طريق التبع للعامل ولا ينفردون بالتدبير، **والثاني**: أن العامل لا يستعملهم في غيره فإنه يكون قد انفرد بمنفعةٍ لم يشارك رب النخل فيها، واعلم أنه يقال للعامل المساقي ولرب المال أيضاً لأن لكل واحدٍ منهما ساقي لصاحبه والمساقى بفتح القاف أظهر لكن المساقي أصح في اللغة.

فرع

لو شرط غلماناً موصوفين غير معينين يصح، وقال مالك: لا يجوز حتى يعينوا اعتباراً بعرف أهل المدينة في تعيين العبيد في المساقاة وهذا غلط لأن الصفة تقوم مقام المشاهدة.

فرع آخر

لا فرق في هذا الشرط بين غلمان القراح وغيرهم، وقال مالك: [١٤٥/أ] لا يجوز أن يشترط عمل غير غلمان القراح وهذا غلط لما قال الجميع ملك السيد فلا فرق،

---

(١) انظر الأم (٣/٧٣).

وحكي عن مالك أنه قال: غلمان هذا الحائط الذين كانوا يعملون فيه دخلوا في المساقاة من غير شرطٍ وهذا غلط لأنه كان يستغني بهم عن العامل وإنما أدخل العامل في الوسط ليصرف غلمانه إلى شغلٍ آخر.

فرع آخر

يجوز لرب المال أن يشترط على العامل غلماناً يعملون معه نص عليه الشافعي لأن العمل أخص بالعامل من رب المال فلما جاز اشتراط ذلك على رب المال فعلى العامل أجوز.

فرع آخر

يجوز في حق العامل سواء عينوا أو وصفوا وأطلقوا بخلاف اشتراطهم على رب المال، والفرق أنهم في اشتراطهم على رب المال مستثنون من عملٍ وجب على العامل فوقعت الجهالة بإطلاقهم وهم في اشتراطهم على العامل داخلون في جملة المستحق عليه فلم تقع الجهالة بإطلاقهم.

مسألة(١): قال: «ونفقةُ الرقيقِ على ما يتشارطانِ عليه».

وهذا كما قال: إذا شرطا نفقة الغلمان المشروطين على العامل صح، وتكون النفقة عليه بالمعروف غير مقدرةٍ ولا موصوفةٍ لأنها استعانة فقط فلم يفتقر إلى معرفة المقدار والجنس، وقال محمد: لا يجوز حتى يقدرها لأنها تكون مجهولة وهذا لا يصح، لأنه لو وجب تقديرها لوجب بيان صفاتها ولا يجب ذلك بالاتفاق، وإن شرطا على رب المال جاز أيضاً لأن بعمل الغلمان تحصل منفعة الأصل ومنفعة الثمار فجاز شرط نفقتهم على رب المال والعامل جميعاً، ويجوز أن يشترطا أن يكون النصف على هذا والنصف على الآخر.

وقال مالك: لا يجوز إلا أن تكون نفقتهم على العامل فإن شرط على المالك لم يجز وهذا غلط لأن الأصل أن نفقة المملوك على مالكه فجوزنا شرطها على العامل بالاتفاق فقول من يقول: لا يجوز شرطها على المالك محال [١٤٥/ب] واحتج الشافعي ها هنا عليه بأن قال: وليس نفقة الرقيق بأكثر من أجرتهم، فإذا جاز أن يعملوا للعامل من غير أجرةٍ عليه لهم مع كون منافعهم لسيدهم جاز أن يعملوا له من غير نفقةٍ عليه بل تكون نفقتهم على السيد، واحتج مالك بأنهم يعملون للعامل فإن العمل كله عليه فيجب أن تكون نفقتهم عليه قلنا: النفقة على المالك لا على المنتفع كمن آجر عبده أو أعار فالنفقة على المالك والمنفعة للغير.

ومن أصحابنا من قال: هذا الذي ذكرنا ظاهر كلام الشافعي والقياس يوجب أن لا تجب نفقة المملوك على غير المالك، ولا يجوز شرطها على العامل ويحتمل هذا

---

(١) انظر الأم (٣/ ٧٣).

الظاهر تأويل المقدار في النفقة المشروطة على السيد أي: إذا شرط العامل على السيد مقداراً معلوماً لنفقة العبيد تقوم به الأبدان وتقوي على العمل كان ذلك المقدار واجباً عليه على حسب ما يتشارطان إذ ربما تحوجهما الحالة إلى استيفاء النفقة جملةً، لأنها لو أخذت من السيد يوماً بيوم فربما ينقطع عمل العبيد لطلبها واستيفائها وهذا خلاف ظاهر اللفظ ذكره بعض أصحابنا بخراسان.

فرع

لو أطلقا العقد وأغفلا عن اشتراط النفقة فيه وجهان **أحدهما**: يصح العقد لأن النفقة تبع العقد وهذا اختيار أبي حامد وجماعة، **والثاني**: لا يصح العقد للجهل بمحل النفقة وهذا اختيار القاضي الطبري، فإذا قلنا بالوجه الأول قال أبو حامد: يلزم المالك بحق الملك لأنه لا يلزم العامل إلا بالشرط ولم يوجد ذلك فلا نلزم إلا المالك، وقال في «الحاوي»(١): فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: على العامل لاستحقاق العمل عليه، **والثاني**: على رب النخل لاشتراط عملهم عليه وأنه لما سقطت أجرتهم عن العامل سقطت نفقتهم عنه، **والثالث**: أنها من وسط الثمرة لاختصاص عملهم بها [١٤٦/أ] فعلى هذا إن لم تأت الثمرة أخذ بها حتى يرجع بها في الثمرة إذا أتت.

فرع آخر

لو شرط أن تكون نفقاتهم من وسط الثمرة، فإن كان عملهم قبل حدوث الثمرة فهو باطل لعدم محلها، وإن ما لم يخلق لا يجوز أن يكون عوضاً على عمل، وإن كان عملهم بعد حدوث الثمرة، فإن كانت نفقاتهم من غير جنس الثمرة فتباع الثمرة ويصرف ثمنها في نفقاتهم لم يجز لأن الثمرة غير مستحقة والنفقة غير ثابتة في الذمة، وإن كانت نفقاتهم من نفس الثمرة يأكلونها قوتاً فيه وجهان **أحدهما**: يجوز لوجود محلها وأن الثمرة لما كانت لهما وجاز اشتراط النفقة على كل واحدٍ منهما جاز اشتراطهما في الثمرة التي هي لهما، **والثاني**: لا يجوز لأنه غير متعلقٍ بذمة ولا معلوم يستحق من عين وهذا أصح.

باب مسائل المزني

قال المزني: هذه مسائل أجبت فيها على معنى قوله قال: فمن ذلك لو ساقاه على نخلٍ سنين معلومة على أن يعملا الفصل. وهذا كما قال: إذا شرطا في المساقاة أن يعملا جميعاً لم يجز لأن العامل يجب أن يأخذ حصته من الثمرة بعمله، فإذا شرط عمل رب المال أخذ الحصة بعمل رب المال مع عمله فلا يجوز لأنه لا يجوز أن يشترط العمل على رب المال، كما لا يجوز لرب المال أن يشترط العمل عليه شيئاً من النخيل وأيضاً ما قال المزني لأنه أعانه معونة مجهولة الغاية بأجرةٍ مجهولة، وقال أبو

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣٧٤).

إسحاق: هذه العلة غير صحيحة لأنها لو صحت لبطل عقد المساقاة لأن العامل لا يعلم أبداً قدر عمله وبالإجماع يجوز ولوجب إذا جعل ذلك العمل معلوماً أن يجوز، ولوجب إذا أعاره الغلمان لا يجوز، وقال في «الحاوي»(١): العلة الصحيحة أن اشتراط عمل رب المال يقتضي لزوم ذلك ولا يلزم الإنسان العمل في ماله وعمل غلمانه حق تعلّق بماله كما [١٤٦/ب] يتعلق به غير ذلك من الحقوق فجاز، وعلى هذا لو شرط العامل على رب المال عملاً معلوماً كالسقي والتلقيح لا يجوز على هذه العلة وعلى ما علل المزني يجوز لانتفاء الجهالة عنه.

مسألة(٢): قال: «ولو ساقاهُ على النصفِ على أنْ يساقيهِ في حائطٍ آخرَ على الثلث لم يجز».

وهذا كما قال: إنما لم يجز هذا لأنه عقد معه عقداً وشرط عقداً آخر فصار كبيعتين في بيعة، وهكذا لو قال: ساقيتك في هذا على النصف على أن تساقيني أنت في نخيلك على النصف لم يجز كما لو قال: بعتك عبدي بكذا على أن تبيعني دارك بكذا، ثم المساقاة الثانية جائزة لأنها خالية على الشرط إلا أن تجعل إيجاب أحد العقدين إيجاباً للآخر فلا يجوز، ولو قال: ساقيتك عليهما على أن لك النصف من هذا والثلث من هذا جاز لأنه يجوز أن تجمع صفقة واحدة شيئين مختلفين بعوضين مختلفين كما لو قال: بعتك هذا العبد وهذا العبد بثلاثة آلاف درهم هذا بألفٍ وهذا بألفين جاز.

فرع

إذا فسدت المساقاة للعامل أجر مثله ربح أو خسر وذكرنا عن مالك أنه إن خسر في القراض الفاسد لا يكون للعامل أجر المثل ومثله نقول في المساقاة.

فرع آخر

أجر المثل فيهما يختلف باختلاف المال ويعتبر بأجرة مثله في الإجارة، وحكي عن مالك أنه قال: إذا حصل الربح في القراض يعطى أجر المثل من الربح ومعناه أنه إن قارضه على النصف قراضاً فاسداً، وقال أهل العلم: بذلك التصرف إنما يعامل في مثل هذا العمل على الثلث فله ثلث الربح لا أجر مثل عمله ومثله نقول في المساقاة الفاسدة وهذا غلط لأنه أتلف منافع نفسه على شرط العوض فإذا لم يسلم له ذلك العوض فله أجر مثله كما في الإجارة.

مسألة(٣): قال: «فإن ساقاهُ أحدهمَا على نصفِ نصيبه، والآخرُ على ثلثِ نصيبهِ».

الفصل

وهذا [١٤٧/أ] كما قال: صورة المسألة إذا كان بستان بين رجلين فساقى **أحدهما**:

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣٧٥).
(٢) انظر الأم (٣/ ٧٣).
(٣) انظر الأم (٣/ ٧٣).

في نصيبه على النصف والآخر في نصيبه على الثلث جاز، لأن العاقد إذا كان اثنين كان العقد عندنا بمنزلة عقدين، فإذا تقرر هذا لا يخلو البستان من أن يكون بينهما نصفين فيجوز سواء شرطا نصفين أو شرط أحدهما أقل من الآخر، وإن كان نصيبهما مختلفاً نظر، فإن اشترطا له من نصيب كل واحدٍ منهما نصفه صح لأنه يعلم أنه يستحق على كل واحدٍ منهما نصف ثمرته، وإن اشترط أحدهما أقل والآخر أكثر مثل أن يشترط أحدهما نصف نصيبه والآخر ثلثه فإن علم صاحب الأقل من النخل وصاحب الأكثر جاز وإن لم يعلم صاحب الأقل من صاحب الأكثر لم يجز لأنه لا يدري أن من شرط له الثلث هو صاحب الأقل من النخل أو صاحب الأكثر، فإن كان صاحب الأقل كثر نصيب العامل لأنه يأخذ نصيب الأكثر، وإن كان صاحب الثلث صاحب الأكثر من النخل قل نصيب العامل فإذا كان كذلك لم يصح العقد حتى يعلم أن الذي شارطه على الثلث هو صاحب الأكثر من النخل أو صاحب الأقل، وإن كان البستان لواحدٍ فساقى عليه رجلين وشرط لأحدهما: الثلث وللآخر النصف جاز وكذلك إن شرط النصف لهما والنصف لنفسه.

مسألة(١): قال: «ولو ساقاهُ على حائطٍ فيهِ أصنافُ ثمرٍ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان البستان يجمع أنواعاً من النخل فساقى رجلاً عليها لا يخلو من أحد أمرين إما أن يشترط النصف من جميع ما في البستان فهذا يجوز، وإن لم يعرف مقدار كل نوعٍ من النخل لأنه يسلم أنه يستحق نصف كل نوعٍ قل أو كثر، وإن خالف بين الأنصباء فقال(٢): لك من الدقل النصف، ومن العجوة الثلث، ومن الصيحاني الربع لا يجوز حتى يعرف كل واحد من رب النخل والعامل قدر كل صنفٍ من النخل بالمشاهدة حتى يعلم مقدار ما يستحق عنه الأقل وما يستحق منه الأكثر وصار هذا كما لو ساقى [١٤٧/ب] على ثلاثة حوائط لا يجوز حتى يعرف كلها.

مسألة(٣): قال: «ولو ساقاهُ على نخلٍ على أن للعاملِ ثلث الثمرة ولمْ يقولا غيرَ ذلك كان جائزاً».

وهذا كما قال: إذا بين نصيب العامل ولم يبين الباقي يجوز وجهاً واحداً وما بعد نصيب العامل لرب النخل ولو بين رب النخل لنفسه نصيباً ولم يذكر الباقي لمن يكون ظاهر المذهب أنه لا يجوز، ومن أصحابنا من جوّز اعتماداً على المفهوم وكما أن أصحابنا اختلفوا في المفهوم اختلفوا في هذه المسألة ونظير هذا قد ذكرنا في القراض وحكمهما سواء.

مسألة(٤): قال: «ولو كانَ النخلُ بين رجلين فساقى أحدهمَا صاحبهُ».

---

(١) انظر الأم (٣/ ٧٤).
(٢) انظر الأم (٣/ ٧٤).
(٣) انظر الأم (٣/ ٧٥).
(٤) انظر الأم (٣/ ٧٥).

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان بستان بين رجلين فساقى أحدهما: شريكه على أن يعمل فيه فإن شرط له أكثر من نصيبه من الثمرة جاز، وتكون الزيادة في مقابلة عمله وإن شرط له مثل نصيبه من الثمرة بالملك أو أقل منه كان فاسداً فإن عمل فيه على ذلك كانت الثمرة بينهما نصفين قال المزني: ولا أجرة له لأنه عمل من غير بدلٍ قال أبو إسحاق: وهذا صحيح لأنه دخل فيه على أن يكون متبرعاً بعمله وإنما يكون له أجر مثله إذا شرط لعمله عوضاً وكان فاسداً وخرج ابن سريج فيه وجهاً آخر أن له أجر مثله فيما عمل في نصيب شريكه لأن عقد المساقاة يقتضي العوض، فإذا كان فاسداً رجع إلى أجر المثل وهو كقوله: زوجتك بلا مهرٍ وبعتك بلا ثمنٍ ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأنه يفارق النكاح لأن البضع لا يستباح بغير عوض، وإذا قال: بعتك بلا ثمنٍ يحتمل أن لا يسلم ومن سلم اعتذر بأنه لم يملك بذلك ولكنه يضمنه باليد وها هنا لم يحصل العمل في يده بل تلف في يد صاحبه فلا ضمان على واحدٍ ونظير هذه المسألة قد ذكرنا في القراض.

مسألة(١): قال: «ولو ساقى أحدهمَا صاحبهُ نخلٍ بينهما سنة معروفة على أن يعملا فيها جميعاً على أنّ لأحدهما: الثلث ولآخر الثلثين لم يكن لمساقاتهما معنى».

وهذا كما قال: إذا ساقى أحدهما صاحبه على أن يعملا فيه [١٤٨/أ] لم تصح المساقاة لأنه يجب أن يكون العمل من أحدهما فإذا شرط أن يكون من كليهما عمل لا يجوز فإن عملا على ذلك كانت الثمرة مقسومة نصفين على قدر المالين ثم ينظر في العملين، فإن كانا سواء لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء، وإن كان عمل أحدهما أكثر نظر، فإن كان صاحب الأكثر قد شرط لنفسه زيادة الثمرة على ما يستحقه بالملك كان له أجرة المثل في مقدار ماله من زيادة العمل، وإن لم يكن شرط لنفسه زيادة الثمرة فهو متبرع بالعمل فعلى قول المزني لا أجرة وعلى ما خرّجه ابن سريج له أجر المثل فيما له من زيادة العمل وهو ضعيف، وقال بعض أصحابنا: يستحب مع التساوي في العمل أن يستحل أحدهما من الثاني مخافة أن يكون عمل أحدهما فيما خفي عليهما أكثر من الثاني وكذلك جميع الأكرة والعاملين المجتمعين على الأعمال المشتركة.

مسألة(٢): قال: «ولو ساقى رجلاً على نخلٍ مساقاةً صحيحةً فأثمرت ثم هربَ العاملُ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا ساقاه على نخلٍ فعمل بعض العمل ثم هرب لا تنفسخ المساقاة

(١) انظر الأم (٣/٧٦).

(٢) انظر الأم (٣/٧٧).

بهربه لأنها عقد لازم ثم إذا جاء رب النخل إلى الحاكم فاستعدى عليه لزمه أن يعدّيه فإن وجده أجبره على العمل لأنه لزمه فيجبره عليه عند الامتناع، وإن لم يجده نظر، فإن كان له مال حاضر اكترى منه من يعمل مكانه، وإن لم يجد له مالاً ووجد من يعمل ويأخذ أجرته من الثمرة اكتراه، وإن لم يجد من يؤُخّر أجرته أقرضه من بيت مال المسلمين وقضاه من الثمرة، وإن لم يكن في بيت المال مال استقرض له من غيره واستأجر، وإن تعذر ذلك أمر رب النخل بأن يكتري من مال نفسه من يقوم مقام العامل حتى تكون الأجرة في ذمته ويقضيه حقه من ثمرته التي هي حصته، أو يأمره بأن يعمل بنفسه حتى تكون أجرة عمله على العامل ويقضي من نصيبه.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجه آخر أنه لا يؤتمن فيما يرجع به على الغير فيأمر واحداً حتى يأخذ [١٤٨/ب] منه ذلك وينفق وهذا ضعيف. وهل يجوز أن يساقي الحاكم على نصيب العامل الهارب؟ قال ابن أبي هريرة: يجوز وكذا قاله القاضي أبو حامد في «الجامع» وهذا قبل بدو الصلاح فيساقي الحاكم عليها لأجل ما بقي من العمل فيها رجلاً آخر بسهم مشاعٍ في الثمرة ويدفعه إليه من حصة العامل عند حصول الثمرة وتناهيها ويعزل الباقي من حصته إن بقي محفوظاً له إن عاد ويأخذ رب المال حصته.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز ذلك وهو الأصح لأنه يجب أن تكون المساقاة من جهة أحدهما: النخل ومن جهة الآخر العمل، فأما العامل الهارب ليس له إلا العمل فلا يجوز أن يساقى على عمله الذي استحقه في النخل، وإن لم يكن لرب النخل مال وليس هناك من يساقي في نصيبه لم تخل الثمرة من أحد أمرين إما أن تكون الثمرة ظهرت، أو لم تظهر فإن لم تظهر فهل لرب النخل الفسخ؟ المذهب أن له فسخ المساقاة لأنه تعذر العمل من جهة العامل، فإذا فسخ عادت الثمرة إليه ويكون للعامل الأجرة فيما عمل ولا نقول: لا يستحق شيئاً إلا بآخر العمل كالجعالة لأن هذا عقد لازم كالإجارة.

وقال في «الحاوي»[١]: الأصح عندي هذا لأنه بالتعذر ظهر عيب يثبت به الخيار في المقام عليها أو الفسخ فإن أقام عليها صار متطوعاً بالباقي من العمل وللعامل حصته من الثمرة، وإن فسخ صار العقد منفسخاً في الباقي من العمل ثم الصحيح من مذهب الشافعي لزومه في الماضي من العمل وتكون حصة العامل من الثمرة مقسطة على العملين الماضي منه والباقي فيستحق العامل منها ما قابل الماضي من عمله ويستحق رب النخل ما قابل الباقي من عمله مضموماً إلى حصته وهذا حسن غريب، وإن كانت الثمرة ظاهرة قلنا لرب النخل: هذه ثمرة مشتركة بينكما فإن اخترت البيع بعنا فإذا اختار البيع نظر، فإن كان بعد بدو الصلاح بعنا الكل واكترى عن العامل من يعمل عنده بقية

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٣٨٢).

العمل، وإن لم يكن بدا صلاحها بيعت بشرط القطع وحفظ على العامل نصيبه [١٤٩/ أ] منها فإنه لم يبق بعد قطعها عمل، وإن كان رب المال ممتنعاً من البيع واختار أن يشتري نظر، فإن كان بعد بدو الصلاح فاشتراها جاز، وإن كان قبل بدو الصلاح هل يصح الشراء مطلقاً؟ وجهان لأن المشتري مالك النخل فإن قلنا: يصح فلا كلام، وإن قلنا: لا يصح فلا يمكن البيع بشرط القطع لأنه لا يمكن قطع البعض إلا بقطع الكل فيضر ذلك بصاحب النخل، وإذا لم نجوّز البيع هكذا أو جوّزنا ولكنه امتنع من الشراء قال المزني في «جامعه الكبير»: يقال له: انصرف فما بقي لك عندي حكومة هذه الثمرة مشتركة بينكما وقد أبيتما إلا الخصومة فاذهبا حتى تصطلحا وهكذا ذكره أبو إسحاق وذكر في «الحاوي» الوجه الذي ذكرنا إذا لم يبد صلاحها هذا كله إذا رفعه رب النخل إلى الحاكم فإن أنفق عليه من غير إذن الحاكم نظر، فإن كان في البلد حاكم لم يرجع بما أنفقه وكان متبرعاً، وإن لم يكن هناك حاكم فإن لم يشهد أو أشهد ولم يشرط الرجوع لم يرجع بشيء، وإن شرط الرجوع فهل يرجع بما أنفق؟ وجهان والأصح أنه يرجع لأنه مضطر إليه وقيل: فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: يرجع، **والثاني**: لا يرجع، **والثالث**: إن أشهد يرجع وإن لم يشهد لا يرجع.

مسألة(١): قال: «ولو علمَ منه سرقة النخلِ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا ساقى رجلاً على نخلٍ فالعامل أمين في النخل فإذا ادعى عليه رب النخل أنه سرق أو خان وحصر الدعوى وبين مقدار ما سرق سمع دعواه وكان القول قول العامل مع يمينه فإن حلف برئ، وإن نكل عن اليمين رددنا اليمين على رب النخل، فإذا حلف وكانت له بينة فأقامها قضي عليه بما لزمه قال المزني ها هنا واكترى الحاكم عليه من يقوم مقامه في العمل في النخل، وقال في موضع آخر: يكتري عليه من يكون معه ليحفظه من الخيانة وليس هذا باختلاف القول ولكن أي الأمرين رآه الحاكم فعله فإن رأى إزالة يده عنها ومنعه منها وإقامة غيره مقامه فيها فعل وهذا بأن يكون الرجل قوياً لا يمكنه حفظه من الخيانة، وإن رأى أن يضم إليه من يحفظه [١٤٩/ ب] فعل وتكون أجرته في مال العامل لأن العمل مستحق عليه، فإذا احتيج إلى عمل غيره بسبب كان منه وجب أن تكون الأجرة عليه وليس لرب النخل فسخه بظهور الخيانة كما لو ظهر من المرتهن خيانة في المرهون لا يفسخ الراهن الرهن، وقال أصحاب مالك: لا يقام غيره مقامه بل يحفظ من الخيانة.

فرع

لو كان مراد رب النخل رفع يد العامل بالخيانة عن الثمرة دون تغريم ما سرق هل

(١) انظر الأم (٣/ ٧٧).

تسمع الدعوى مجهولةً؟ فيه وجهان **أحدهما**: تسمع لاستواء الحكم في رفع يده بقليل السرقة وكثيرها، **والثاني**: لا تسمع إلا معلومةً لأن رفع يده بها فرع على استحقاق الغريم فيها فصار حكم الغرم أغلب فإن قلنا: تسمع يحلف العامل، فإن نكل يحلف المالك ثم يرفع الحاكم يده أو يضم إليه من مال غيره على ما ذكرنا.

مسألة(١): قال: «وإن ماتَ قامَ وارثهُ مقامهُ».

وهذا كما قال: إذا مات أحد المتساقيين لم ينفسخ عقد المساقاة لأنه عقد لازم كالإجارة، فإن كان الميت رب المال فالعامل يعمل على ما تشارطا عليه فإذا صرمها قاسم ورثته على الشرط الذي كان بينه وبين الميت، وإن كان الميت هو العامل قال المزني في «الجامع الكبير»: إن عمل الوارث فيها كان له فإن أبى الوارث لا يلزمه أن يعمل لأن العمل استحق على العامل دون الوارث، ثم قال أصحابنا: إن كان له تركة أنفق منها على أيام العمل، وإن لم يكن تركة لم يستقرض عليه لأنه لازمة له وقيل: لا يستأجر من ينوب عنه بأجرة مؤجلة فإن تطوع رب النخل بالإنفاق أو بالقرض فعل، وإن امتنع نظر، فإن لم تكن الثمرة ظاهرة حرفاً بحرفٍ وقد شرحنا ذلك، وهكذا لو كان حياً فضعف عن العمل.

وقال أبو حامد في «الجامع»: من أصحابنا من قال: يلزم الورثة أن يعملوا كما يلزم مورثهم لو كان حياً وما ذكر المزني أراد إذا ضعف عن العمل فإنه إذا مرض اكترى عليه الحاكم من يقوم بذلك، فإن لم يجد له مالاً ساقى [١٥٠/أ] السلطان عنه في نصيبه فيكون ما يأخذه العامل الثاني من نصيب العامل العاجز، فإن لم يجد من يساقيه قال السلطان لصاحب المال: أنفق عليه فإذا فرغت أخذنا نفقتك من نصيبه فإذا فضل شيء فهو له، وإن لم يتم فيكون ديناً عليه وهكذا قال في «البويطي» وقال فيه: ويكتب عليه صكاً في ذلك قال القاضي الطبري: هذا القائل أجرى عجزه مجرى هربه وهو محتمل جداً.

مسألة(٢): قال: «ولو عملَ فيها العاملُ فأثمرت ثم استحقها ربُّهَا».

الفصل

وهذا كما قال: إذا عمل العامل في النخيل ثم جاء رجل وأقام البينة أنها له استحقها وسلمت النخيل إليه ونظر في الثمرة فإن لم تكن ظاهرة فللعامل أجر مثله على الغاصب إلى حين أخذ النخل من يده، وإن كانت الثمرة ظاهرة كانت لرب النخل ولا حق للعامل فيها ولا أجرة له على ربها لأنه عمل عليها بغير إذن صاحبها وعمله في النخل أثر لا عين، وهو كما لو غصب من رجل غزلاً وباعه من حائك فنسجه ثم جاء صاحبه فاستحقه بينهما يجب للحائك على صاحبه شيء ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله

---

(١) انظر الأم (٣/ ٧٧).

(٢) انظر الأم (٣/ ٧٧).

لأنه دخل على أن يحصل لعمله عوض، فإن قيل: أليس إذا تلفت الثمرة لا يرجع على الدافع بشيء فكذلك ها هنا قلنا: إذا كان عقد المساقاة صحيحاً فلم تثمر النخل أو أثمرت ثم تلفت فلا أجرة له وها هنا الثمرة باقية سالمة ولكن لا يمكنه أخذ ما شرطه لغرورٍ حصل من الدافع فيرجع بأجرة عمله، وإن كانا قد اقتسما الثمرة وأكلاها فلصاحبها المطالبة بقيمتها وله أن يطالب من يشاء من الغاصب والعامل، فإن أراد مطالبة الغاصب كان له ذلك بجميع قيمة الثمرة لأنه حال بينه وبينها بغصبه وكان هو السبب في حصولها في يده فيلزمه ضمانها، فإذا أخذ منه القيمة رجع الغاصب على العامل بنصف قيمة الثمرة لأنه أخذ النصف بعقد معاوضة وتلف في يده وبان أنه مستحق للغير فيتقرر الضمان عليه ويرجع على الغاصب بأجر مثل عمله، وإن أراد [١٥٠/ب] صاحبها تضمين العامل ظاهر كلام المزني أن له تضمين نصف قيمة الثمرة وليس له تضمين قيمة الجميع.

واختلف أصحابنا في هذا فمنهم من قال: بظاهر ما ذكره المزني لأن الثمرة لم تحصل في يد العامل بدليل أنه لا يلزمه حفظها كما يلزم العامل في القراض حفظ مال القراض فإذا لم تحصل في يده لم يضمنها وإنما يضمن القدر الذي حصل في يده وهو النصف الذي أخذه بالقسمة فعلى هذا الوجه يجب على العامل ضمان نصف الثمرة، وعلى الغاصب ضمان النصف الآخر، وإن تلفت الأصول أو شيء منها لم يجب على العامل ضمانه لأنه لم تثبت له يد عليه ولكن يجب ذلك على الغاصب وهذا اختيار القاضي الطبري.

ومن أصحابنا من قال: لصاحب الثمرة تضمين العامل جميع قيمة الثمرة لأن الثمرة حصلت في يده من طريق المشاهدة لأنه كان يتصرف فيها ويعمل عليها فيثبت له اليد عليها كالعامل في القراض فعلى هذا إن هلكت أصول النخيل أو شيء منها لزم العامل ضمانه، لأن يده ثبتت عليه وهو اختيار كثير من أصحابنا وهو الأقيس لأن يده كانت مستولية على جميعها حين كانت الثمرة في يده، فإذا قلنا: يضمّنه النصف فضمّنه لم يرجع العامل على الغاصب لأنه قبضه بمعاوضة وتلف في يده فاستقر ضمانه عليه على ما ذكرنا، وإن قلنا: يضمنه جميع القيمة فلا يرجع بقيمة النصف الذي قبضه عوضاً عن عمله، وهل يرجع بالنصف الآخر؟ قولان لأنه حصل في يده على أنه أمانة ثم بان أنه ضمان وكان المساقي غرَّه، وإن كانت الثمرة تلفت بآفة سماوية ولم يأكلها بُنيت على الوجهين فإن قلنا: لا يطالب إلا بالنصف فها هنا لا يرجع المستحق عليه بشيء، وإن قلنا: هناك يرجع بالكل فها هنا له الرجوع أيضاً، وإن كانت الثمرة باقية ولكنها نقصت بالجداد والتشميس فلمالكها النقصان وممن يأخذ على ما ذكرنا في كل القيمة.

مسألة[1]: قال: «ولو ساقاه على أنهُ إنْ سقاها بماءِ سماءٍ أو نهرٍ فلهُ [١٥١/أ] الثلث».

(١) انظر الأم (٣/٧٨).

الفصل

وهذا كما قال: إذا قال: ساقيتك على أنك إن سقيته سيحاً أو بماء سماءٍ فلك الثلث، وإن سقيته بنضحٍ أو غربٍ فلك النصف فالمساقاة باطلة كما لو قال في القراض: قارضتك على أنك إن ربحت في البرّ فلك الثلث، وإن ربحت في التمر فلك النصف كان باطلاً والثمرة لرب النخل وللعامل أجر المثل.

مسألة(١): قال: «وإن اشترطَ الداخلُ أنَّ أجرة الأجزاءِ من الثمرةِ».

الفصل

وهذا كما قال: صورة المسألة أن يشترط العامل أن الغلمان يعملون معه وتكون أجرتهم من الثمرة كانت المساقاة فاسدة بلا خلافٍ لأن مقتضى المساقاة أن يكون العمل كله على العامل فإذا شرط أن يعمل معه غيره وتكون أجرته من الثمرة فقد أسقط عن نفسه بعض العمل فلا يجوز، ولأنه لا يجوز تعليق الأجرة على ثمرةٍ معدومة ولم تخرج، ولأنه إذا كان العمل عليه يصير بهذا الشرط كأنه شرط لنفسه شيئاً خاصاً منها ولو شرط لنفسه صاعاً والباقي بينهما لا يجوز مع أن الصاع معلوم فالمجهول أولى أن لا يجوز وهكذا لو كان الأجراء غير الغلمان، ولو سمى فقال: لك النصف وللأجير الذي تستأجره السدس، قال بعض أصحابنا: يجوز وكأنه شرط للعامل ثلثي الثمرة وعندي ليس على هذا الإطلاق بل هو على ما ذكرنا فيما سبق إذا شرط الربح في القراض للزوجة أو الأجنبي وقد ذكرنا حكمه.

مسألة(٢): قال: «ولو ساقاه على وديٍّ لوقتٍ يعلمُ أنه لا يثمر إليه».

الفصل

وهذا كما قال: الودي الفسيلان التي لم تدخل في الحمل فإذا ساقاه عليها لا يخلو من أحد أمرين إما أن يكون غير مغروس، أو يكون مغروساً، فإن كان غير مغروس فقال له: خذ هذه الفسلان واغرسها وقد ساقيتك عليها فهذا لا يجوز، لأن المساقاة لا تجوز إلا على أصول ثابتة، وإن كانت مغروسة ثابتة لا تخلو من ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يساقيه إلى وقتٍ يُعلم أنها لا تثمر فيه فهذا لا يجوز فإن عمل فلا أجرة له على قول المزني لأنه متبرع [١٥١/ب] بعمله وقد ذكرنا وجهاً آخر أنه يستحق الأجرة.

والثانية: أن يساقيه إلى وقتٍ الظاهر أنها تثمر فيه فالمساقاة صحيحة فإن أثمرت استحق ما شرطه، وإن لم تثمر فلا أجرة له لا يختلف أصحابنا فيه لأنه دخل فيه على أن تكون أجرته من الثمرة، فإذا لم تثمر والعقد صحيح لم يستحق شيئاً، وعلى هذا لو ساقاه عشر سنين والظاهر أنها تثمر في السنة الأخيرة جاز وأكثر ما فيه أنه رضي ببذل

(١) انظر الأم (٣/ ٧٨).

(٢) انظر الأم (٣/ ٧٨).

عملٍ كثير ليحصل له سهم قليل، فإن لم تثمر في تلك السنة فلا شيء له على ما ذكرنا، ويفارق هذا إذا ساقاه سنين والنخل مما يثمر على أن له نصف الثمرة من سنةٍ واحدةٍ لم يجز لأن هناك جعل له نصف جميع ما يخرجه النخل، وها هنا جعل له بعض ما يخرجه وهو غير معلومٍ بالجزية من الجميع فلا يجوز، ولو فسدت المساقاة في هذه المسألة له أجر المثل لجميع السنين لا للسنة الأخيرة لأنه لم يكن متبرعاً بالعمل أصلاً.

والثالثة: أن يساقيه إلى وقتٍ يجوز أن تثمر ويجوز أن لا تثمر وليس **أحدهما**: بأظهر من الآخر قال أبو إسحاق: المساقاة فاسدة وهو الصحيح لأنه لا يدري هل تحصل له الأجرة أم لا، وفي هذا الموضع له أجر مثله إذا فسدت المساقاة ولم يثمر لأنه لم يدخل على أن لا يأخذ أجرة لأنه كان يمكن أن يثمر النخل إلى هذه المدة فلم يجعله متبرعاً بعمله، ومن أصحابنا من قال: المساقاة صحيحة لأن الثمرة ممكنة كما نقول في النخيل الكبار، وكما نقول في القراض، وإن كان الربح غير متيقن وهذا غلط لأن الظاهر هناك حصول الغرض بخلاف مسألتنا، فإذا قلنا بهذا فإن لم يثمر فلا شيء للعامل على ما ذكرنا.

فرع

لو ساقاه على وديّ إلى وقتٍ يعلم أنه يثمر فيه على أن يكون له بعض الثمرة وبعض الودي لم يجز لأنه لا يستحق بعمله إلا ما ينمى بعمله ويزيد قياساً على مال القراض.

مسألة(١): قال: «ولوْ اختلفا بعدَ أن أثمرتِ النخلُ».

الفصل

وهذا كما قال: [١٥٢/أ] لو ساقى رجلاً فلما أدركت الثمار اختلفا فقال العامل: ساقيتني على أن لي النصف، وقال رب النخل: بل على أن لك الثلث ولي الثلثين تحالفا لأنه اختلاف في مقدار العوض في العقد فحكمه التحالف كالمتبايعين إذا اختلفا في مقدار الثمن أو المبيع تحالفا، فإن حلف **أحدهما**: ونكل الآخر حكم به لمن حلف، وإن حلفا معاً فسخ العقد ورجعت الثمرة إلى رب النخل ووجب عليه للعامل أجر مثله فإن أقام **أحدهما**: البينة حكم له بها، وإن أقاما جميعاً البينة قال المزني: ها هنا سقطتا وتحالفا، وفيه قول آخر أنهما تستعملان، وفي كيفية استعمالها ثلاثة أقوالٍ: القسمة، والقرعة، والوقف ولا يجيء ها هنا القسمة والوقف لأن اختلافهما في العقد ولا يجوز قسمة العقد ولا وقفه ويجيء فيه الإقراع فمن خرجت قرعته حكم له ببينته، وهل يحلف مع القرعة؟ قولان وهذان القولان مبنيان على أن القرعة تقدم البينة أو الدعوى، فإن قلنا: يقدم البينة وهو المذهب لا يمين عليه، وإن قلنا أنه يقدم الدعوى ويكون دلالة على صدق دعواه فعليه اليمين وهذا ليس بشيء، وقال بعض أصحابنا

(١) انظر الأم (٣/ ٧٨).

بخراسان: يأتي فيه قول القسمة فيجعل قدر التفاوت بين دعوتيهما نصفين بينهما وهذا غلط لأنهما اختلفا في المشروط في العقد فيتحالفان كما لو كان قبل العمل.

مسألة(١): قال: «ولو دفعا نخلاً إلى رجلٍ مساقاة فلمّا أثمرت اختلفوا».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان بستان بين رجلين فساقيا جميعاً رجلاً واحداً فلما أثمرت النخيل اختلفوا فقال العامل: شرطتما لي النصف ولكما النصف فصدقه **أحدهما**: وكذبه الآخر وقال: بل شرطت الثلث من حصتي فإن المصدق يقاسمه على النصف ثم ينظر فيه، فإن كان عدلاً شهد للعامل على شريكه وحلف العامل معه واستحق عليه أيضاً النصف، لأن هذه شهادة لا خلل فيها بوجهٍ وبالشاهد [١٥٢/ب] واليمين يحكم فيما طريقة المال، وإن لم يكن عدلاً تحالفا والحكم في يمينهما على ما بيناه.

مسألة(٢): قال: «ولو شرطَ له من نصيبِ أحدهما بعينه النصفُ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا كان العامل واحداً ورب النخيل اثنين فساقيا على النصف من نصيب أحدهما والثلث من نصيب الآخر فإن علموا من يكون له النصف من حصته والمال يكون له الثلث من حصته يجوز، وإن جهلوا أو أحدهم لا يجوز ويشترط أيضاً أن يعلم قدر ملك كل واحدٍ منهما على ما ذكرنا فيما سبق.

فرع

قال في «الجامع الكبير»: لو قال: ساقيتك على هذا النخل بنصف ثمرتها على أن يكون ذلك عوض عملك جاز لأن ما يأخذه العامل يكون كذلك فشرطه لا يؤثر.

فرع آخر

قال: لو ساقاه على نخل في أرض الخراج كان الخراج على رب المال لأنه يجب عن الأصول أثمرت أو لم تثمر.

فرع آخر

قد ذكرنا أن العامل شريك في الثمرة على الصحيح من المذهب وتجب الزكاة عليهما، وإذا قلنا بالوجه الضعيف تجب الزكاة على رب النخل وحده فمن أين تعتبر؟ قد ذكرنا في القراض ثلاثة أوجه ويجيء ها هنا وجهان **أحدهما**: في مال رب المال وحده، **والثاني**: في نصيبهما وبالله التوفيق.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٧٨).

(٢) انظر الأم (٣/ ٧٨).

كتاب الإجارات

قال[1]: قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] الآية وهذا كما قال: اشتقاق الإجارة من الأجر، والأجر هو الثواب وسمى الله تعالى المهر أجراً يعني عوضاً في مقابلة البضع والأصل في جواز الإجارة الكتاب والسنَّة والإجماع. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ فأجاز الإجارة على الرضاع، واللبن قد يقل ويكثر وشرب المرضَع يقل ويكثر فلأن تجوز [١٥٣/أ] سائر الإجارات والضرر فيه أقل أولى وأيضاً قال الله تعالى: ﴿إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَـٰنِىَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧] فجوّز إجارة موسى صلى الله عليه نفسه لبضع ابنة شعيب ﷺ وأيضاً قوله تعالى في قصة الخضر وموسى صلى الله عليهما: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُۥ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴿٧٧﴾﴾ [الكهف: ٧٧] فدل على جواز أخذ الأجرة في الإجارة. وأما السنَّة فما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»[2]، وروى سعيد بن المسيب عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنهما أنه قال: كنا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق[3]، وروى أبو أمامة التيمي قال: سألت ابن عمر فقلت: إنا قوم نكري في هذا الوجه وإن قومًا يزعمون أن لا حج لنا فقال ابن عمر: ألستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة إن رجلاً أتى النبي ﷺ فسأل: عما تسألوني عنه فلم يردّ عليه حتى نزل ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا۟ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨] فتلاها عليه[4].

وروى ابن عباس أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجَّام أجره[5]، وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «قال ربكم: ثلاثة أنا خصمهم ومن كنت خصمه خصمته رجل أعطى بي عهداً ثم غدر ورجل باع حراً وأكل ثمنه ورجل استأجر أجيراً فاستوفى عمله ولم يوفّه أجره»[6]، وروي أنه ﷺ قال: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة

---

(١) انظر الأم (٣/٧٩).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٣)، وأبو يعلى (٢٦٨٢)، والطبراني في «الصغير» (١/٤٣) والبيهقي في «الكبرى» (١١٦٥٩)، وفي «معرفة السنن» (٣٧٢٠).

(٣) أخرجه البيهقي في «معرفة السنن» (٣٧١٧).

(٤) أخرجه الدارقطني (٢/٢٩٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٦٦٠).

(٥) تقدم تخريجه في «الطهارة».

(٦) أخرجه أحمد (٢/٣٥٨)، وابن ماجه (٢٤٤٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٦٥٧).

ومن كنت خصمه خصمته رجل أعطاني صفقة يمينه ثم غدر»(١)، وروي: «رجل أعطى بي ثم غدر» الخبر وأيضاً قال ﷺ: «مثلكم ومثل من مضى من الأمم كمثل رجلٍ [١٥٣/ب] استأجر أجيراً من الصبح إلى الظهر بقيراطٍ ألا فعملت اليهود»(٢) الخبر وأيضاً روي أن النبي ﷺ قال: «أيعجز أحدكم أن يكون كصاحب الفرق» وذكر قصة ثلاثة من بني إسرائيل ألجأهم المطر إلى غارٍ وذكر أحدهم إني استأجرت أجيراً بفرقٍ من بر فعمل ولم يأخذ أجرته فزرعه له حتى نمى وصار قدراً عظيماً ثم عاد الأجير فدفع إليه جميعه(٣).

وروي أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة قال: يا عليّ ارتد لنا دليلاً من الأزد فإنهم أوفى للعهد(٤) فاستأجر عبد الله بن أريقط الليثي من الأزد دليلاً إلى المدينة، وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلاً من الدّيل خريتاً عالماً بالهداية، وروي أن النبي ﷺ قال: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره»(٥).

وأما الإجماع قال الشافعي(٦): عمل بها بعض الصحابة والتابعين ولا اختلاف في ذلك بين أهل العلم ببلدنا وعوام أهل الأمصار، وروي أن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه آجر نفسه من يهودي فاستقى له الماء كل دلوٍ بتمرةٍ حتى استقى بضعاً وأربعين دلواً، وروي أنه كان يستقي الماء لامرأة يهودية كل دلوٍ بتمرةٍ، وقال أبو هريرة(٧): آجرت نفسي من ابنة غزوان بملء بطني، وإنما استقصى الشافعي في هذا الفصل لما بلغه من قول بعض السلف وهو ابن كيسان أن الإجارة لا تصح لأنها لا ترد على منفعة لم تخلق بعد إلا أن هذا القائل ليس ممن يعدّ في الفقه خلافه.

وروي عن عبد الرحمن الأصم والقاشاني وإسماعيل ابن علية وبعض المتكلمين أنه لا تجوز الإجارة ولا اعتبار بخلافهم أيضاً لأنهم ليسوا من أهل الصنعة، وقال الشافعي: هذا القول جهل من قائله ولأن الحاجة داعية إلى جوازها لأن كل أحدٍ لا يجد داراً يسكنها [١٥٤/أ] ملكاً ولا يجد من يتطوع به فجوّز الإجارة كما جوّز سائر البياعات فإذا ثبت جوازها فإنما تجوز على الوجهين إما أن يعقد على مدةٍ معلومة، أو على عمل معلوم ولا يجوز أن يقدر المدة والعمل معاً فيقول: استأجرتك لتخيط لي ثوباً في يوم أو أسبوع خلافاً لأبي يوسف ومحمد لأن ذلك يؤدي إلى التضاد فإنه ربما يفرغ من العمل في المدة ولا يمكنه أن ينصرف لأنه قد بقي بعض المدة ولا يمكن المستأجر أن يطالبه بالعمل ثانياً لأنه تمم العمل الذي استأجره عليه وقد يمضي اليوم ولا يكون

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٢٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٦٥٨).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٦٨)، وأحمد (٢/ ٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٦٤٤).

(٣) أخرجه البخاري (٢٢١٥).

(٤) أخرجه البخاري (٢٢٦٣).

(٥) أخرجه أحمد (٣/ ٥٩، ٦٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٦٥١)، وفي «معرفة السنن» (٤/ ٥٠٧).

(٦) انظر الأم (٤/ ٢٥).

(٧) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٥).

قد فرغ من العمل فلا يمكنه أن ينصرف لأنه بقي بعض العمل ولا يمكن المستأجر أن يطالبه بالعمل لأن المدة قد انقضت فيؤدي ذلك إلى التضاد فلا يصح.

مسألة(١): قال: «والإجاراتُ صنفٌ من البيوعِ».

الفصل

وهذا كما قال: الإجارة صنفٌ من البيوع لأنها تمليك المنافع بعوضٍ فكانت بمنزلة تمليك العين الحاضرة بعوضٍ وهل تنعقد بلفظ البيع؟ وجهان **أحدهما**: تنعقد لأنها بيع المنافع، **والثاني**: لا تنعقد لاختصاصها بالاسم والحكم والإجارة عقد لازم لا يجوز لأحد المتآجرين فسخها إلا بعيب كما نقول في البيع: فإذا اكترى دكاناً ليبيع فيه بزاً فاحترق البزّ أو أفلس لم يكن له فسخ الإجارة، وكذلك إذا اكترى جملاً ليسافر فمرض وانقطع عن القافلة ليس له فسخ الإجارة، وكذلك إذا اكترى دكاناً ليبيع فيه البز فمرض ولا يتمكن من التجارة فيه ليس له الفسخ وهذا لأن المعقود عليه بحاله يمكن قبضه والمانع في العاقد دون المعقود عليه فلم يتعلق به ثبوت الخيار وبه قال مالك والثوري وأبو ثور، وقال أبو حنيفة: للمكتري فسخ الإجارة بالأعذار وكذلك للمُكري وهذا غلط لما ذكرنا من المعنى.

فرع

لو استأجر ليقلع سنّه للوجع جاز فإن سكن الوجع قبل قلعه لم يكن له قلعه ويحرم ذلك وانفسخ عقد الإجارة لأنه بمنزلة تلف المعقود عليه وإن لم يسكن الوجع وامتنع من القلع لم يجبر عليه [١٥٤/ب] وقيل له: إما أن تقلع سنّك أو تترك قلعه ولكن يلزمك أن تدفع إليه أجرته لأنه مكنك من المعقود عليه وإنما الامتناع من استيفائه من جهتك فهو كما لو اكتريت داراً فمكّنك منها فامتنعت من قبضها لزمك أجر المثل كذلك ها هنا.

وقال القاضي الطبري: لو مات هذا الأجير بعد هذا التمكين انفسخ العقد عندي لأن المعقود عليه لم يكن مقبوضاً للمكتري وإنما تلف في يد المكري، ألا ترى أن من تزوج بامرأة فمكنته من نفسها كان لها أن تطالب بالمهر فإن طلقها قبل الدخول سقط نصف المهر وإن ارتدت الزوجة سقط جميع المهر لأنه لم يوجد منها غير التمكين ولم يصر مقبوضاً للزوج فكذلك ها هنا، فإن قيل: أليس إذا اكترى دابةً ليركبها إلى موضع معلوم فحبسها مدةً يمكنه أن يركبها إليه فلم يفعل لزمته الأجرة وإن تلفت الدابة في يده بعد مضي هذا القدر من الزمان لم تسقط الأجرة وكذلك إذا مضى من الزمان مقدار ما يمكن قلعه وجب أن تستقر الأجرة قلنا: هذا غلط لأن منافع الدابة صارت مقبوضة له فإذا تلفت في قبضه ويده استقرت الأجرة عليه وها هنا منفعة القلاع لم تصر مقبوضة

(١) انظر الأم (٣/ ٧٩).

للمكتري وإنما هي في يده ولا تثبت اليد على الحر بوجهٍ فلهذا يسقط بالهلاك بعده فحصل الفرق بينهما.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: تستقر الأجرة بمضي المدة كما في مسألة الدابة وما ذكره القاضي أحسن وعلى هذا إذا اكترى رجلاً ليهدم له حائطاً فامتنع صاحب الحائط من هدمه لم يجبر عليه ولزمته الأجرة وإن مكّنه الأجير من عمله وهكذا لو استأجره للقصاص ثم أراد أن لا يقتص أو لقطع اليد للآكلة ثم بدا له في ذلك.

فرع آخر

اختلف أصحابنا فيما تناوله عقد الإجارة فقال أكثرهم: تناول المنفعة وبه قال أبو حنيفة ومالك لأن الأجرة في مقابلة المنفعة ولهذا تضمن المنفعة دون العين وإنما يوجه إلى العين لتعيّن المنفعة بها ولو قال: [١٥٥/أ] آجرتك منفعة هذه الدار تصح الإجارة، وقال أبو إسحاق: عقد الإجارة تناول العين دون المنفعة ليستوفي من العين مقصوده لأن المنافع غير موجودة عند العقد ويضاف العقد إلى العين وهذا غلط لأنه تجوز الإجارة في الذمة وإن لم تضف إلى العين.

فرع آخر

قال الشافعي في أثناء الفصل: وكذلك تملك المنفعة التي في العبد يريد به أن المستأجر يملك المنفعة المعقود عليها إلى المدة التي اشترط وتحدث المنفعة في ملك المستأجر، وقال أبو حنيفة: المنفعة تحدث على ملك المؤجر ولا يملكها المستأجر بالعقد لأنها معدومة فلا تكون مملوكة وهذا غلط لأن الملك عبارة عن حكمٍ وهو جواز التصرف المخصوص والتصرف فيها في الأيام المستقبلية يصح من المؤجّر فثبت أن ملكها انتقل إلى المستأجر وأما قوله: إنها معدومة قلنا: ولكنها جعلت كالموجودة حكماً كما في حق المؤجر.

مسألة(١): قال: «فإذا دفعَ مَا أكرى وجبَ لهُ جميعُ الكراءِ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا آجر داراً أو دابة مدة معلومة بأجرة معلومة لا يخلو من ثلاثة أحوال إما أن يشترط تأجيل الأجرة إلى آخر المدة أو تعجيلها في الحال أو يطلق فإن شرط تأجيلها كانت مؤجلة ولم يكن للمكري مطالبته بها حتى تنقضي مدة الإجارة وإن شرط تعجيلها أو أطلقا العقد فإنه يملك الأجرة بالعقد ويستحق المطالبة بها إذا سلم العين المؤاجرة إلى المستأجر وهذا لأن حكم المنافع في الإجارة كحكم العين في البيع وليست منزلتها منزلة الدين إذ لو كان كذلك لما جاز عقد الإجارة بأجرة مؤجلة لأنها تكون حينئذ بيع دين بدين وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الدين بالدين.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٨١).

وقال أبو حنيفة: إذا أطلق تجب الأجرة على مر الزمان جزءاً فجزءاً غير أنه لا يمكن استيفاء ما يصيب لحظةً أو ساعةً فمتى اجتمع قدر يمكن استيفاؤه ثبت حق الطلب في ذلك القدر وعن مالك روايتان [١٥٥/ب] إحداهما لا يحل شيء منها ما لم تمض جميع المدة وهذا أقيس من قول أبي حنيفة كما لو باع صبرةً من طعامٍ بمائة لا يستحق بتسليم بعض المبيع طلب حصته من الثمن حتى يسلم الكل، والثانية أنه على عادة الناس فأجرت العادة به مشاهدةً يستحق عند انقضاء كل شهرٍ حصته من أجرته وما جرت العادة به مشافهةً تجب حصة كل سنة عند انقضائها.

فرع

هل يجوز أن تكون الأجرة المعينة في الإجارة جزافاً أم لا؟ فيه طريقان إحداهما فيه قولان كالقولين في رأس المال السَّلم هل يجوز أن يكون جزافاً أم لا وهذا لأن مقصود كل واحدٍ من العقدين منتظر غير منبرم، والثانية يجوز قولاً واحداً بخلاف السلم، والفرق أن السلم معقود إلى أجل فهو غَرر والجزاف غرر فلا يضاف الغرر إلى الغرر والإجارة معقودة على منفعةٍ حالةٍ ولكنها تستوفى شيئاً فشيئاً فصار كما لو اشترى صبرة طعامٍ بثمنٍ جزافاً جاز.

فرع آخر

لو استأجر عبداً بنفقته أو بعيراً بعلوفته لم يجز، وقال مالك: يجوز لأن أبا هريرة آجر نفسه بطعام بطنه وهذا غلط لأنها أجرة مجهولة والخبر يحتمل أنه كان مقدراً فلا حجة فيه.

فرع آخر

لو قال: آجرتك داري هذه كل شهرٍ بدرهم ولم يذكر آخر المدة فالمذهب أنه لا يجوز أصلاً ويخالف هذا إذا قال: آجرتك هذا الشهر بدرهم وما زاد فبحسابه لأن ها هنا أفرد الشهر الأول بالعقد، وقال الإصطخري: يصح في الشهر الأول وهذا خلاف مذهب الشافعي وغلط فيه لأنه لو قال: بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بعشرة دراهم لم يصح البيع في شيء من الأقفزة كذلك ها هنا، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان قال في «الإملاء» مثل ما قال الإصطخري وهذا غريب وهو قول أبي حنيفة، وحكي عنه أنه قال: يجوز في جميع الشهور فإذا قلنا: باطل فسكن الدار لم يلزم أجر المثل وإذا قلنا بالقول الآخر يلزم [١٥٦/أ] للشهر الأول المسمى وللباقي أجر المثل.

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: لكل واحدٍ منهما عند انقضاء الشهر أن يفسخ فإن لم يفعلا حتى مضى يومٌ من الشهر الثاني ليس لواحدٍ منهما أن يفسخ لأنه اتصل بالعقد الفاسد القبض وهذا غلط لأن القبض لم يحصل بالإجماع ولا يلزم العقد الفاسد في الأعيان عنده بالقبض لأن للبائع أن يسترجع متى شاء ولا يضمن أيضاً بالمسمى في العقد الفاسد بل يضمن بالقيمة فهذا مناقضة، وحكي عن مالك أنه قال: الإجارة

صحيحة وكلما مضى شهراً يستحق المسمى إلا أنها لا تكون لازمة لأن المنافع مقدرة بتقدير الأجرة ولا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في اللزوم وهذا غلط لأن الأجرة مقدرة في كل شهرٍ وجملة الأشهر مجهولة والإجارة عقد لازم فلا يجوز أن يقع غير لازمٍ.

مسألة(١): قال: «فإن قبضَ العبدَ فاستخدمَهُ أو المسكنَ فسكنَهُ».

الفصل

وهذا كما قال: ذكر هلاك العبد وانهدام المسكن فنقدم الكلام في هلاك العبد فنقول: إذا استأجر عبداً أو بهيمة فمات في يده لا يخلو من أربعة أحوال إما أن يكون ذلك بعد انقضاء المدة أو عقيب العقد أو عقيب القبض أو بعد مضي شهرٍ من المدة، فإن كان بعد انقضاء المدة فقد استقرت الأجرة ولا يضر العقد لأنها صارت مقبوضة بمضي المدة ولا ضمان عليه في العين لأنه قبضها ليستوفي حقه منها وإن تلفت عقيب العقد انفسخت الإجارة وسقطت الأجرة بالإجماع وإن تلفت عقيب القبض انفسخت الإجارة وسقطت الأجرة وبه قال عامة الفقهاء.

وقال أبو ثور: يلزمه كل الأجرة لأن جميع المنافع صارت مقبوضة له بقبض العين بدليل جواز التصرف فيها وهذا غلط لأن المنافع تلفت قبل استيفائها فأشبه إذا تلفت قبل تسليم العبد وأما جواز التصرف لا يدل على القبض، ألا ترى أن البائع يتصرف في الثمن قبل القبض ولا يكون مانعاً من الفسخ بالإفلاس وإن تلفت بعد مضي شهر من المدة لا [١٥٦/ب] خلاف على المذهب أن عقد الإجارة قد انفسخ فيما بقي من المدة لأن المنافع المستقبلية صارت تالفة بهلاكه وأما ما مضى من المدة هل ينفسخ العقد فيه اختلف أصحابنا فيه على طريقين فمنهم من قال: فيه قولان لأن الصفقة إذا فسدت في بعضها هل تفسد في جميعها قولان ومنهم من قال: لا تنفسخ فيما مضى قولاً واحداً لأن الصفقة في الابتداء وقعت صحيحة ثم ورد الفساد على بعضها فاختص ذلك البعض بالفساد وإنما القولان في تفريق الصفقة إذا جمعت الصفقة في الابتداء ما يجوز وما لا يجوز وهذا هو الأصح وعليه أكثر أصحابنا.

فإذا قلنا: ينفسخ فيما مضى فإن الأجرة المسماة تسقط ويثبت للمؤجر على المستأجر في قدر ما استخدمه أجر المثل، فإن لم يكن قبض المسمى طالبه بأجرة المثل، وإن كان قد قبض المسمى رد عليه ما زاد على أجرة المثل وإذا قلنا: لا ينفسخ فيما مضى يلزمه لما مضى بحصته من الأجرة، فإن كان ما مضى نصف المدة يلزمه نصف الأجرة، وإن كان ربع المدة يلزمه ربع الأجرة وهذا إذا كانت قيمة المنفعة متساوية في جميع المدة، فإن كانت مختلفة يقسط على قدر قيمة المنافع في المدة ولو مرض العبد لا ينفسخ عقد الإجارة لأن منافعه لم تتلف بالمرض بل صارت معيبة بالمرض فله الخيار

(١) انظر الأم (٣/ ٨١).

إن شاء فسخ العقد وإن شاء رضي به فإذا فسخ فهل ينفسخ فيما مضى على ما ذكرنا من الطريقين وأما الدار إذا انهدمت كلها في أثناء مدة الإجارة انفسخ عقد الإجارة في المستقبل قولاً واحداً كما قلنا في موت العبد وهل ينفسخ فيما مضى على ما ذكرنا من الخلاف.

فإذا قلنا: لا ينفسخ أخذها بما يخصها من الأجرة المسماة، فإن كانت الشهور متساوية لزمه ما يخص ما مضى من المدة، وإن كانت الشهور متفاوتة في الكراء وكان في بعض المدة تقع أيام الموسم مثل ما يكون في القطيعة أيام الحاج وفي مكة وقت الحج فالأجرة المسماة تقسم على مقدار النماء [١٥٧/أ] فيما مضى وفيما بقي فإذا كانت قيمة السكنى فيما مضى مائة وفيما بقي مائتين أخذ لما مضى ثلث الأجرة، وإن كان في الزمان الذي مضى مائتين أخذ ثلثي الأجرة وعلى هذا القياس وكذلك إذا استأجر حمّاماً سنةً فمضى الصيف ثم انهدم وأجر مثل الصيف خمسون وأجر مثل الشتاء مائة يلزم أجر المثل على حسب ما يليق بذلك ويعتبر أجر مثله يوم العقد لا فيما بعد ذلك لأن في ذلك اليوم تناول العقد المنافع، فإن قيل: إذا قلتم العقد لا ينفسخ فيما مضى فهلاّ قلتم: للمستأجر أن يفسخه لأنه جميع المعقود عليه لم يسلم له كما تقولون في الأعيان وكما لو صالح من عين أقر له بها على خدمة عبدٍ بعينه سنة فمات العبد في بعض السنة وقلنا: لا ينفسخ الصلح فيما مضى كان له أن يفسخه قلنا: ها هنا عوض المنافع دراهم أو دنانير وليس عليه في تبعيضها ضرر وليس كذلك في الأعيان حتى إذا كان عوض المنافع داراً كان فجعلنا له الخيار، ومن أصحابنا من قال: هل له الخيار في فسخه؟ وجهان:

أحدهما: لا خيار له لفواته على يده.

والثاني: له الخيار لتفريق الصفقة عليه فإن شاء أجاز فيما مضى وإن شاء فسخها فيها فإن أجاز لزمه من الأجرة بالقسط على ما ذكرنا وخرّج بعض أصحابنا قولاً آخر أنه يجيز بجميع الأجرة وإلا فسخ وهذا قول من يجعل الفساد الطارئ كالفساد المقارن وإن فسخ الإجارة في الماضي يلزم فيه أجر المثل على ما ذكرنا.

ومن أصحابنا من قال: إذا انهدمت الدار لا تنفسخ الإجارة بل يثبت له حق الفسخ لأنه يمكن المنفعة بالعرصة بالجلوس ووضع القماش فيها بخلاف هلاك العبد فإن منفعته فاتت من كل وجهٍ وعلى هذا لو اختار الفسخ فهو كما لو انفسخ وإن اختار الإجارة أمسكنا بكل الأجرة قولاً واحداً كما لو غاب المبيع فاختار المشتري إمساكه يمسكه بكل الثمن وهذا خلاف نص الشافعي [١٥٧/ب] وغلط أيضاً لأن العقد تناول منفعة الدار والعرصة ليست بدارٍ ولا منفعتها منفعة دارٍ وإنما هي أرض فلا تأثير لبقائها وعند أبي ثور انهدام الدار بعد قبضها لا يبطل الإجارة كما قال في موت العبد.

فرع

لو حدث بالعبد المستأجر برصٌ فهو لا يؤثر في العمل، فإن كان مما لا تعاف

النفس برصه فيه كالبناء ورعي المواشي لا خيار للمستأجر، وإن كان مما تعاف النفس برصه فيه كخدمته في مأكله ومشربه وملبسه فله الخيار.

فرع آخر

لو خرّبت الدار حولها أو بطلت الدكاكين حولها وخربت السوق لا خيار له لأنه عيب حدث في غير المعقود عليه.

فرع آخر

لو تشعّثت الدار فلم يختر المستأجر الفسخ حتى عمرها المؤجر ففي خيار المستأجر وجهان **أحدهما**: لا خيار لارتفاع موجبه، **والثاني**: له الخيار لما تقدم من استحقاقه ولو رضي بها متشعثة هل يلزمه جميع الأجرة؟ وجهان **أحدهما**: يلزم كما في البيع إذا رضي بالعيب يلزمه كل الثمن، **والثاني**: لا يلزم كل الأجرة لأنه لم يستوف جميع ما استحق من المنفعة.

فرع آخر

لو استأجر داراً فانطمَّت آبارها وامتلأت حشوشها قال أصحابنا: تنقية ذلك على المؤجر من غير تفصيل لما عليه من حقوق التمكين، وقال القاضي الماوردي[١]: الذي عندي وهو المذهب أن تنقية ما انطمّ من آبارها على المؤجر وتنقية ما امتلأ من حشوشها على المستأجر لأن امتلاء الحشوش من فعله فصار كتحويل القماش بخلاف انطمام الآبار ولو امتنع المستأجر من تنقية ما يلزمه أجبر عليه وإن امتنع المؤجر من تنقية ما يلزمه من الآبار لم يجبر عليه وكان للمستأجر الخيار.

مسألة[٢]: قال: «ولا تفسخُ بموتِ أحدهِمَا».

الفصل

وهذا كما قال: إذا مات أحد المتعاقدين مع بقاء المعقود عليه لا تبطل الإجارة ويقوم ورثته مقامه في أخذ الأجرة إن مات [١٥٥٨/أ] المكري وإن مات المكتري فورثته يقومون مقامه في استيفاء المنافع ولكن تتعجل الأجرة المؤجلة بالشرط عند الموت فإن لم يترك وفاء فله فسخ الإجارة لأنه مفلس وبه قال مالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور وعثمان البتي.

وقال أبو حنيفة والثوري والليث بن سعد: تنفسخ الإجارة بموت أحدهما، وهذا غلط لأنها عقد لازم فلا تنفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه كالبيع وقد قال الشافعي في هذا الفصل: وليس الوارث بأكثر من المورث ومراده بهذا أن المورث الذي أنشأ عقد الإجارة على داره التي أكراها لو أراد أن يفسخ ذلك العقد لم يكن له فكذلك وارثه لا يستحق إلا ما استحقه فإن الوارث ينزل منزلة المورث ثم قال الشافعي

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٤٠٠).

(٢) انظر الأم (٣/ ٨١).

بعد مسألة الموت: فإذا قيل: فقد انتفع المكري بالثمن قيل: كما لو أسلم في رطبٍ لوقتٍ فانقطع رجع بالثمن فالمزني أوهم بهذا العطف أن هذا السؤال سؤال في مسألة الموت وليس كذلك ولكنه سؤال ألزم نفسه في مسألة الانهدام ووجه الإلزام أن المكري في العقد الحال قبض جميع الأجرة وانتفع بها فإذا انهدمت الدار وقد بقي نصف المدة كيف ينقص المكري في بعض الثمن وقد كان ملكه على الجميع كاملاً وكان في الجميع متصرفاً وبه منتفعاً والجواب أنَّا حكمنا له بالملك حين سلم الدار فلما انهدمت الدار نقضنا ذلك الملك في وقت الانهدام ومثل ذلك لا يستبعد، ألا ترى أن رجلاً لو أسلم ديناراً في رطبٍ لوقت معلوم وسلم الدينار فقد ملكه بائع الرطب وملك التصرف فيه على الإطلاق والانتفاع به فإذا انقطع الرطب نقضنا ملكه في الدينار، وكذلك لو باع متاعاً غائباً ببلدٍ ودفع الثمن فهلك المتاع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع فعلمنا أن الانتفاع لا يمنع نقض الملك عند وجود ما يوجب النقض قال المزني: هذه المسألة التي ذكرها الشافعي في بيع الغائب تجويز منه بيع الغائب [١٥٨/ب] وقد أباه في موضع آخر يقال له: يحتمل أنه صور المسألة في غائب تقدمت رؤيته فيكون البيع جائزاً قولاً واحداً، وإن كان مما لم يره قط كان جواباً على أحد القولين.

فرع

لو آجر الموقوف عليه أولاً ثم مات قال ابن أبي هريرة: انفسخ العقد لأن الموقوف عليه ثانياً يأخذه عن الواقف دون العاقد وها هنا الوارث يأخذه عن العاقد ويخلف فيه وهو اختيار القاضي الطبري، ومن أصحابنا من قال: لا تبطل الإجارة ذكره أبو حامد وهو القياس.

وقال في «الحاوي»[1]: إن كان متولياً وله حق في غلته لكونه وقفاً عليه أيضاً فآجر ثم مات هل تبطل الإجارة؟ وجهان والأصح أنه لا تبطل لأن مؤجره والٍ قد آجره في حق نفسه وحق من بعده بولايته.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل للموقوف عليه أن يؤاجر الدار الموقوفة؟ وجهان **أحدهما**: لا يجوز إلا أن ينصبه الواقف أو الحاكم قيماً فيها فيتصرف فيها بحكم الولاية فأما بحكم أن الغلة تصرف إليه فلا يؤاجر وهذا على قولنا: إن الملك فيه للواقف أو قلنا: لا مالك له، **والثاني**: يجوز لأنه المستحق وهذا إذا قلنا: الملك فيه للموقوف عليه فإذا قلنا بهذا فآجره مدةً الغالب فيها سلامته فمات قبل مضي المدة هل يحكم ببطلان العقد فيما زاد؟ وجهان **أحدهما**: يبطل، **والثاني**: لا يبطل بل ينظر إلى حصة ما بقي من الأجرة فيصرف إلى المستحق الثاني.

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٤٠٣).

فرع آخر

إذا آجر الأب ولده الصغير مدة يحتمل أن لا يبلغ قبل انقضائها فبلغ مثل إن كان ابن أربع عشر سنة فآجره سنة ثم بلغ بالاحتلام لا تبطل الإجارة ولا خيار له ولو آجر أم ولده ثم مات السيد بطلت الإجارة، والفرق أن الصبي معقود عليه في حق نفسه فلم يزل العقد بزوال يد عاقده وأم الولد معقود عليها في حق السيد فزال العقد بزوال ملك عاقده، وإن كان يتيقن أنه يبلغ قبل انقضائها مثل [١٥٩/أ] إن كان ابن أربع عشرة سنة فآجره سنتين تبطل في السنة الثانية وهل يبطل في السنة الأولى؟ قولان بناءً على تفريق الصفقة.

ومن أصحابنا من قال: إذا بلغ في أثناء المدة تبطل الإجارة بكل حالٍ لأنه إذا بلغ بان أن تصرف الوالد إنما نفذ إلى هذا الوقت ولا ولاية له فيما بعد ذلك، ومن أصحابنا من ذكر وجهاً آخر أنه لا تبطل أصلاً كما لو زوجه ثم مات وهذا ضعيف لأنه يؤدي إلى أن يعقد على منافعه طول عمره ولا يشبه النكاح لأنه لا يمكن تأقيته وإنما يعقد الأبد الأبد.

وقال أبو حنيفة: إذا بلغ يثبت للابن الخيار وهذا غلط لأنه عقد عليه قبل أن يملك التصرف فيه بنفسه فلا يثبت له الخيار ببلوغه وعلى ما ذكرنا إذا آجر ملكه ثم بلغ هل تبطل الإجارة أو لا؟ وحكم الوصي والقيّم من جهة الحاكم حكم الأب سواء.

فرع آخر

إذا آجر الحر نفسه ثم مات بطلت الإجارة بلا خلافٍ لتلف المعقود عليه لا لموت العاقد.

فرع آخر

لو آجر عبده ثم أعتقه قبل انقضاء مدة الإجارة نفذ العتق ولم تبطل الإجارة ولا خيار للعبد في فسخه لأن العقد وقع لازماً فلا يملك إبطاله بالعتق ويفارق أم الولد إذا أعتقت بموت السيد تبطل الإجارة عليها لأنه بالعتق ملك نفسه بتمليك السيد له فاختص بما كان على ملك السيد وأم الولد تملك نفسها بموت السيد من غير تمليكه فكان الملك على عمومه وخرّج ابن سريج فيه قولاً آخر أنه تبطل الإجارة بالعتق وهذا غريب لا يعرف للشافعي ما يدل عليه، وقال أبو حنيفة: لا تبطل الإجارة ولكن للعبد الخيار إن شاء أجازها وإن شاء فسخها كالأمة إذا عتقت تحت زوج عبدٍ لها الخيار وهذا غلط لما ذكرنا والخيار في النكاح يثبت لنقص الزوج بالرق وهي لم ترض به وقت العقد وها هنا لا يوجد هذا المعنى [١٥٩/ب].

فرع آخر

إذا أعتقه وبقي في الإجارة هل يرجع على سيده بأجر مثله فيما بقي من مدة الإجارة بعد العتق؟ قال في القديم: يرجع لأنه تستوفى منه المنفعة بسبب كان من السيد فرجع

بها عليه كما لو أكرهه على عملٍ، وقال في الجديد: لا يرجع بشيءٍ لأنه تصرف في منافعه تصرفاً كان له فإذا طرأت الحرية لا يملك الرجوع عليه كما لو زوجها واستقر مهرها بالدخول ثم أعتقها ويخالف المكره لأنه تعدى بالإكراه عليه ولا يختلف المذهب أن السيد لو مات فأعتقه الوارث لا يرجع على الوارث بشيء.

فرع آخر

إذا آجر الدار من وارثه ثم مات وورثها بطلت الإجارة كما لو تزوج أمةً ثم ورثها بطل نكاحها لأن كل واحدٍ منهما عقد على منفعة وهذا اختيار ابن الحداد والقاضي الطبري، وقال بعض أصحابنا: لا تبطل الإجارة لأن الملك لا يبطل الإجارة لأن الملك لا ينافي الإجارة، ألا ترى أنه يجوز أن يؤاجر ملكه من رجلٍ ثم يستأجر من مستأجره ويصح وفائدة هذا أنه لو وجد بها عيباً بعد الشراء له أن يمسكها بحكم الإجارة على هذا الوجه.

فرع آخر

إذا قلنا: تبطل الإجارة إذا ورثها رجع بالأجرة في تركته إن لم تكن مضت المدة، فإن كان هناك غرماء يضار بهم في التركة وإن مضى بعض المدة يرجع لما بقي.

فرع آخر

إذا آجر داره مدةً ثم باعها، فإن كانت الإجارة فاسدة صح البيع لأنه لا يملك المكتري منافعها، وإن كانت الإجارة صحيحة فباعها من المستأجر جاز لأنه ليس دونه حائل وعقد الإجارة بحاله في أحد الوجهين وتحدث المنافع في ملك المكتري بعقد الإجارة إلى انقضاء المدة فإذا انقضت المدة صارت حادثةً بحكم الملك فلو انهدمت الدار أو تلف العبد في مدة الإجارة انفسخت الإجارة واسترجع الأجرة ولا يؤثر ذلك في البيع لأنهما عقدان فلم يؤثر فساد أحدهما [١٦٠/أ] في الآخر والوجه الثاني أنه تبطل الإجارة ويرجع بالأجرة كما قلنا إذا ورثها وانفسخت الإجارة، وقال ابن الحداد: إذا اشترى لا يرجع بالأجرة كما قلنا: إذا ورثها لما بقي على البائع لأنه باختياره أبطل الكراء بخلاف ما إذا ورث وشبه هذا بما لو تزوج بجارية أبيه ثم مات الأب بعد قبض مهرها قبل دخوله بها رجع بالمهر الذي دفع لأن بطلان النكاح حصل لا بفعله ولو تزوج أمة أجنبي ثم اشتراها قبل الدخول بها يلزمه نصف المهر كما لو طلق قبل الدخول، فإن قيل: إذا حكم بانفساخ العقد بالملك فهلاّ جعل له الرجوع على البائع بالأجرة؟ قلنا: قال القاضي الطبري: عندي أنه لما اشتراها وهو مستحق لمنفعتها فقد أخذ قسطاً من الثمن فحصل له في مقابلة ما أخذ منه من الأجرة نقصان الثمن فلم يجز أن يرجع بالأجرة وعندي في هذا نظر لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن وهي تبطل البيع.

فرع آخر

لو وجد بالدار عيباً فردها وفسخ البيع قال ابن الحداد: لم يرجع بشيء دون الثمن

وهذا على أصله أن الإجارة بطلت وسقطت الأجرة والرد بالعيب قطع للملك من حين الرد وإذا قلنا: لا تبطل الإجارة يستوفي المنافع في بقية مدة الإجارة بحكم الإجارة، وقال ابن الحداد: ولو انهدمت الدار بعد الشراء لم يرجع بشيء وهذا على أصله صحيح.

فرع آخر

لو باعها بعدما آجرها من غير المستأجر لا تبطل الإجارة وهل يصح البيع؟ قولان **أحدهما**: يصح البيع ويملكها المشتري مسلوبة المنفعة، فإن كان المشتري عالماً بالإجارة لا خيار له، وإن كان جاهلاً بها له الخيار في فسخ البيع لأن الإجارة تمنعه من استيفاء منافعها والمنافع مقصودة بالبيع وبه قال مالك وهو الأصح وهذا لأن الإجارة عقد على المنفعة والبيع عقد على الرقبة فلم يتنافيا كما لو زوج أمته ثم باعها، **والثاني**: لا يصح البيع لأن يد [١٦٠/ب] المستأجر حائلة بينه وبينها فهو كبيع المغصوب، وقال أبو حنيفة: البيع يتوقف على إجازة المستأجر فإن أجازه جاز وبطلت الإجارة وإن رد البيع بطل وبقيت الإجارة.

فرع آخر

إذا قلنا: يصح البيع فوجد المستأجر بها عيباً ففسخ الإجارة قال ابن الحداد: رجعت المنافع إلى صاحب الرقبة لأن المنفعة تابعة للرقبة وإنما استحقت بعقد الإجارة فإذا زالت الإجارة عادت إليه كما نقول في الأمة المزوجة إذا طلقها زوجها رجع البضع إلى مالك الرقبة، وقال بعض أصحابنا: هذا غلط بل ترجع المنفعة إلى البائع لأن المشتري ملك الرقبة مسلوبة المنفعة تلك المدة بالبيع فلا يرجع إليه ما لم يملكه ولأن البائع استحق عوضها على المستأجر فإذا سقط العوض عاد المعوض إليه وعلى هذا قال القاضي الطبري: يجوز أن يبيع عيناً وتستثنى منفعتها مدةً وهذا التخريج خلاف مذهب الشافعي وقيل: في هذا وجهان تخريجاً مما قال أصحابنا ها هنا فإذا قلنا: يرجع إلى البائع له أن يحبسها عن المشتري حتى يمضي تمام المدة أو يؤاجرها أو يعيرها بقية المدة وهذا أصح وأظهر.

فرع آخر

إذا استأجر رجل من أبيه داراً ثم مات الأب وله ابنان **أحدهما**: المستأجر قال ابن الحداد: انفسخت الإجارة في نصف الدار الذي ورثه المستأجر ويرجع على أخيه بنصف أجرة ما انتقض من حصته وهذا مبني على ما اختار من بطلان الإجارة بملكه العين فلما ورث النصف انتقض فيه الإجارة وبقيت الإجارة في النصف الذي ورثه أخوه فسقط ما استحقه من الأجرة لأن ذلك يجب عليه ويرجع على أخيه بنصفها، ومن أصحابنا من قال: لا يرجع على أخيه بشيء لأنه لم ينتقض الإجارة في النصف الذي لأخيه، وقال القاضي الطبري: [١٦١/أ] ما قاله ابن الحداد صح لأن ما استحقه بفسخ

الإجارة دين على الأب فيجب أن يكون في تركته وهي بينهما، ومن أصحابنا من قال: لا يصح ما ذكره ابن الحداد لأنه إذا جعل ما انفسخ العقد فيه من الأجرة بينهما فقد ملك المستأجر بميراثه نصف الدار بمنفعته ويرث الآخر نصف الدار المسلوب المنفعة والأولى من هذا أن يقوم نصيب أحدهما بمنفعته ويقوم نصيب الآخر مسلوب المنفعة ويكون له من التركة ما بين القيمتين ويكون للمستأجر نصف المسمى من التركة.

مسألة(١): قال: «وإنْ تكارى دابةً من مكةَ إلى بطن مرٍّ فتعدى بهَا إلى عسفانَ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا اكترى دابة ثم جاوز بها ذلك الموضع والشافعي صور ذلك في عسفان ومرٍ وعسفان قرية من مكة إليها مرحلتان ومر من مكة إليها أربع فراسخ والكلام فيه في فصلين **أحدهما**: فيما يلزمه من الأجرة، **والثاني**: فيما يلزمه من الضمان فأما الأجرة لما بلغ الموضع الذي استأجره إليه استقرت الأجرة المسماة لأن عدوانه لا يفسخ العقد حتى يسقط المسمى ويلزمه أجر المثل للزيادة لأنه تعدى بها وصار كالغاصب فيها كما لو اكترى داراً من رجلٍ بعشرة فسكنها شهرين يلزمه للشهر الأول الأجرة المسماة وللشهر الثاني أجرة المثل ويفارق هذا إذا اكترى أرضاً ليزرعها حنطةً فزرعها ما ضرره أكثر من ضرر الحنطة لزمته أجرة المثل للكل في أحد القولين لأنه ابتدأ ها هنا بالتعدي من أول فعله إلى آخره فلا اعتبار بالمسمى ولزمته أجرة المثل وها هنا استوفى المستحق ثم زاد بالتعدي وهذه الزيادة متميزة عن المستحق فلا تؤثر في المسمى بل يلزم ذلك وللزيادة يلزم أجر المثل.

وأما الضمان ينظر، فإن تلفت قبل أن جاوز بها الموضع فلا ضمان لأنها أمانة في يده وإن تلفت بعد مجاوزة الموضع المأذون ينظر، فإن لم تكن [١٦١/ب] يد صاحبها عليها فقد تعدى بالمجاوزة وضمنها وكان حكمه فيها حكم الغاصب فعليه أكثر ما كانت قيمتها من حين جاوز بها إلى أن تلفت فإن ردها إلى ذلك الموضع المأذون لم يسقط الضمان خلافاً لمحمد وزفر ووافقنا فيه أبو حنيفة وأبو يوسف، فإن كان معها صاحبها فإنها في يد صاحبها ولم تثبت يد الراكب عليها ولا يجب ضمانها باليد وإنما يجب ضمانها عليه بالجناية وهي الركوب إلا أن الركوب إلى الموضع المأذون ليس بجناية لأنه مأذون له فيه وما بعد ذلك جناية فإذا تلفت نظر، فإن تلفت في حالة الاستراحة للعلف والسقي ونحو ذلك فلا ضمان عليه لأنها في يد صاحبها ولا صنعة للمكتري فيها في هذه الحالة وهو كما لو ساق جملاً عليه صاحبه نائم لا يضمنه لأن يد صاحبه عليه وإن تلفت في حال السير ضمن لأن الركوب جناية منه عليها والظاهر أن تلفها من الركوب.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٨٢).

فإن قيل: هلاّ قلتم أن صاحبها لما شاهده راكباً ولم ينكر رضي بسقوط حقه قلنا: السكوت في مثل هذا لا يجعل إذناً كما لو خرّق ثوبه وهو ساكت وإذا ضمنها لا يلزمه كل الضمان وفي مقدار ما يلزمه قولان **أحدهما**: يضمن نصف القيمة لأن تلفها كان بالإعياء في مسافتين مباحة غير مضمونة ومحظورة مضمونة فقسمت القيمة عليها نصفين، **والثاني**: يقسط القيمة على قدر المسافتين في الطول والقصر فيسقط عنه من القيمة قدر ما قابل مسافة الإجارة وأصل هذين القولين الجلاد إذا أمر أن يجلد ثمانين سوطاً فجلده أحداً وثمانين كم يضمن قولان معروفان **أحدهما**: يضمن النصف، **والثاني**: يقسط على عدد السياط، وإن كان نقص قيمتها بالركوب فما قابل المباح منه لم يضمنه وما قابل المحظور منه ضمنه سواء كان صاحبها معها أو لا لأنه ضمان جنايته.

وقال أبو حنيفة: لا تلزم الأجرة لزيادة المسافة بناءً على أصله لا تضمن [١٦٢/أ] المنافع بالغصب، وحكي عن مالك أنه قال: إن جاوز بها إلى مسافةٍ بعيدة مثل إن اكتراها إلى واسط فحملها إلى البصرة فصاحبها بالخيار بين أن يطالبه بأجرة المثل وبين أن يطالبه بقيمتها يوم التعدي لأنه مانع مالكه عن أسواقها وهذا غلط لأن العين باقية بحالها فلا يكون لصاحبها المطالبة بالقيمة كما لو كانت المسافة قريبة.

فرع

لو اكتراها إلى موضعٍ ذاهباً وجائياً مثل إن قال: احملها إلى مر الظهران وارجع إلى مكة فجاوز بها إلى عسفان، فإن كان الطريق بين مر وعسفان كالطريق بين مكة وبين مرٍ في السهولة والأمن والقدر لم يصر ضامناً بالخروج من مرٍ بل نقول: هو ذا يستوفي ما استحق استيفاؤه في الرجوع إلى مكة فإذا مضى القدر الذي لو رجع إلى مكة وصل إليها انقضى زمان استحقاقه فإن وجد هناك المالك أو وكيله ورد عليه لا يضمن النقص الذي دخله ولا شيء عليه وإن لم يرد فالآن دخل في ضمانه ولا أجرة عليه في الحالين إلى الآن وإنما يلزمه الأجرة بعد هذا لو أمسك، وإن كان الطريق أخوف أو أكثر حزونة فهو متعدٍ فيما فعل فهو كما لو استأجر بيتاً ليسكنه فأسكنه الحدادين على ما سنذكر إن شاء الله تعالى.

فرع آخر

لو اكترى دابةً ليركبها إلى موضع فركبها إلى موضع آخر من ناحيةٍ أخرى، فإن كان الطريقان في المسافة والحزونة والسهولة واحداً فلا ضمان عليه، وإن كان مخالفاً له في هذا ضمن من حين ابتداء سلوك هذا الطريق.

فرع آخر

لو اكترى دابةً ليحمل عليها مائة مناً قطناً فحمل عليها الحديد أو ليحمل عليها الحديد فحمل القطن فهلكت ضمنها وكم يضمن الأجرة؟ فيه قولان **أحدهما**: أجرة

المثل عن الكل ويسقط المسمى لأن التعدي لا يتميز وهو الأصح، **والثاني**: يستقر المسمى ويجب أجر المثل في الزيادة كما قلنا في التعدي في المسافة.

مسألة(١): قال: [١٦٢/ب] «ولهُ أن يؤاجر دارَهُ وعبدَهُ ثلاثين سنة».

الفصل

وهذا كما قال: قد ذكرنا فيما تقدم أن الأصح جواز الإجارة وإن طالت المدة بعدها يكون الغالب بقاء الشيء المستأجر فيها حتى لو كانت أرضاً تجوز ألف سنةٍ وأكثر، وإن كانت داراً روعي فيها مدة يبقى فيها بناؤها في الغالب، وقال في كتاب المزارعة ولو أكرى الأرض عشر سنين بمائة لم يجز حتى يسمى لكل سنة شيئاً معلوماً، وقال أبو إسحاق: للشافعي قول آخر لا يجوز إلا سنةً واحدة ونقله القاضي أبو حامد عن الشافعي ولم يبين الموضع الذي قال فيه هذا القول والظاهر أنه هو الذي قال في كتاب المزارعة: ولا يجوز الكراء إلا على سنةٍ معروفةٍ وقيل: نص عليه في موضعٍ من الإجارات، وقال في الدعوى والبينات: يجوز ما شاء فخرج من هذا إنها على قولين **أحدهما**: لا تجوز أكثر من سنة لأن الإجارة غرر وجوزت للحاجة والضرورة والحاجة لا تدعو إلى أكثر من سنةٍ لأن في سنةٍ واحدة تتكامل منافع جميع الأشياء فلا تجوز الزيادة عليها، **والثاني**: تجوز أكثر من سنة فإذا قلنا بهذا فالمذهب أنه لا يتقدر بثلاثين سنة وقول الشافعي ثلاثين سنة لم يقصد به التحديد بل أراد أن يبين أنها تجوز سنين كثيرة وهذا كما قال في كتاب المزارعة: ولو أكرى الأرض عشر سنين ولم يقصد به التحديد.

ومن أصحابنا من قال: تتقدر بثلاثين سنة لأن هذه المدة نصف العمر والأشياء تتغير في أكثر منها فحصل ثلاثة أقوال **أحدها**: سنة، **والثاني**: ثلاثون سنة، **والثالث**: ما شاء على حسب بقاء الشيء وقيل: فيه قولان وقوله ثلاثين سنة ليس بقول آخر وتأويله ما ذكرنا، وحكي عن مالكٍ أنه قال: تجوز الإجارة إلى خمس سنين أو ست سنين ولا تجوز الزيادة عليها.

فرع

إذا قلنا: لا تجوز أكثر من سنةٍ لا يجب أن يبين قسط كل شهر من الأجرة قولاً واحداً وإذا قلنا: يجوز أكثر من سنة هل يحتاج إلى بيان القسط كل سنةٍ من الأجرة [١٦٣/أ] قولان **أحدهما**: لا يحتاج كما قلنا في الشهور، **والثاني**: يلزم بيان ذلك كما قال في المزارعة وهذا اختيار أبي حامد وهذا لترددها بين السلامة والعطب وأجور السنين تختلف في الغالب فيتعذر معرفة القسط والشهور تتماثل غالباً فلا يلزم التقسيط هناك وهذا أصح وهو كما لا يجب بيان ما يخص كل عين من الثمن إذا جمعت الصفقة

(١) انظر الأم (٣/ ٨٢).

أعياناً كثيرة والفتوى على هذا والاحتياط أن يذكر القسط وأن لا تزيد الإجارة على ثلاث سنين خاصةً في الأوقات فإن قسط وسلم العقد حتى انتهت المدة فلا كلام وإن بطل العقد بهلاك المكرى أو بغير ذلك كان التقسيط على ما شرطه في العقد وهكذا إذا ذكر قسط كل شهرٍ وإذا قلنا: لا يجوز أكثر من سنة فآجر ثلاث سنين فسدت الإجارة فيما زاد على السنة وفي مقدار السنة قولان بناءً على تفريق الصفقة فإذا قلنا: يجوز هل يجوز بجميع الأجرة أو بحصتها؟ قولان.

فرع آخر

إذا اكترى شيئاً جاز له أن يكريه في الجملة لأنه ملك منافعها بعقد معاوضة فجاز له أن ينقلها إلى غيره ثم ينظر، فإن كان قد قبض الدار المكتراة جاز أن يكريها ممن شاء لأنه قبض المعقود عليه، وإن لم يكن قبض الدار نظر، فإن أكراها من غير المكري المذهب أنه لا يجوز لأنه ملك المنفعة بغير معاوضة فلا يجوز التصرف فيها قبل القبض كالمبيع وبهذا قال أبو حنيفة، وقال ابن سريج: فيه وجه آخر أنه يجوز لأنه لا أثر لقبض الدار في المنافع لأنها لو قبضها ثم انهدمت كان تلفها من ضمان المكري كما لو تلفت قبل قبض الدار فلا يقف جواز التصرف في المنافع على قبض الدار وهذا لا يصح لأن للقبض فيها تأثير فإن المنافع لو تلفت بعد قبض المستأجر الدار كانت من ضمانه ويتقرر عليه الأجرة بمضي الزمان وقيل: هذان الوجهان مبنيان على الوجهين أن الإجارة تناولت العين لا تجوز إجارتها قبل القبض وإن قلنا: لاستيفاء المنفعة منها أو تناولت المنفعة فإن قلنا: تناولت العين [١٦٣/ب] لا تجوز إجارتها قبل القبض فإن قلنا: تتناول المنفعة تجوز إجارتها قبل القبض وإن أكراها من المكري فإن قلنا: يجوز من غير المكري فلا يجوز من المكري أولى وإن قلنا هناك: لا يجوز فههنا وجهان ذكرهما أبو حامد **أحدهما**: يجوز ها هنا، والفرق أن الدار مقبوضة له فجاز إجارتها منه بخلاف غيره وهو كبيع المبيع قبل القبض يجوز من البائع في أحد الوجهين ولا يجوز من غيره وجهاً واحداً.

فرع آخر

لا يجوز أن يؤاجره داراً على أن يسكنها بل يقول ليسكنها ولا يجوز أن يقول: وحدك ذكره بعض أصحابنا وعلى هذا لو قال: آجرتك هذه الأرض على أن تغرس ولا تزرع لا يجوز.

فرع آخر

قد ذكرنا أنه يجوز أن يؤاجرها المستأجر من مؤجرها بعد القبض وهو المنصوص، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان **أحدهما**: هذا، **والثاني**: لا يجوز، وقال أبو حنيفة: لأنه يؤدي إلى أن يملك منفعة ملكه لا بحكم ملكه للأصل بل بحكم الإجارة وهذا محال كما لا يجوز أن يتزوج بأمته ولأنه يؤدي إلى أن يكون الضمان في

تلك المنافع له وعليه في حالةٍ واحدةٍ لأن الدار لا تخرج عن ضمان الآجر بالتسليم بل بانقضاء المدة يزول عنه الضمان وقيل: هذان الوجهان مبنيان على الوجهين في المنافع هل تحدث على ملك المؤجر أو على ملك المستأجر فإن قلنا: تحدث على ملك المؤجر لم يجز وإن قلنا بالآخر يجوز وأشار الشافعي إلى هذا في كتاب الرهن.

فرع آخر

يجوز له أن يؤاجر بما شاء من الأجرة زاد على الأجرة الأولى أو نقص عنها، وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يؤاجرها بزيادة إلا أن يكون أحدث فيها عمارة فيجوز بالزيادة لتكون الزيادة بمقابلة العمارة ولو آجر بأكثر قبل العمارة لا تطيب له الزيادة فتصدق بها وهذا غلط لأن من ملك كراء الدار لنفسه لم ينحصر عليه مقدار الكراء كما لو أحدث فيها عمارة.

فرع آخر

خيار المجلس هل يثبت في الإجارة؟ قد ذكرنا وجهين فإذا قلنا: يثبت [١٦٤/أ] فأجرها المؤجر من غيره في المجلس تصح الإجارة الثانية وكانت فسخاً للأولى، ومن أصحابنا من قال: تنفسخ الأولى ولا تصح الثانية لئلا يصير الفعل الواحد فسخاً وعقداً لتنافيهما والمذهب الأول لأن استقرار العقد الثاني يوجب فسخ الأول بالتأهب للثاني وإذا قلنا: لا يثبت فيه خيار المجلس فآجرها المؤجر لا يجوز بلا خلاف.

فرع آخر

لو أكرى داره سنةً ثم أكراها سنة أخرى بعد هذه السنة من غير المكتري لا يجوز قولاً واحداً وهكذا لو كان في شعبان فقال لرجل: آجرتك هذه الدار من أول رمضان لم يجز، وقال أبو حنيفة: يجوز وهذا غلط لأنه عقد معاوضة على معين شرط فيه تأخير التسليم فلم يجز كما لو باع عيناً على أن يسلمها بعد أيامٍ.

فرع آخر

لو أكراها ثانياً من المكتري قبل مضي المدة الأولى نص الشافعي على جوازه لأن اليد له وسكناه في السنتين متصلة وقيل: نص عليه في الرهن الكبير، ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر لا يجوز كما لا يجوز من غيره وهذا غلط والفرق ظاهر وقيل: في المسألة قولان والأقيس أنه لا يجوز ونظير هذه المسألة بيع الثمرة قبل بدو صلاحها مطلقاً من غير مالك النخلة لا يجوز ومن مالك النخلة وجهان.

فرع آخر

لو استأجر داراً سنة بغير عينها أو شهراً بغير عينه لم يجز حتى تكون السنة معلومة والشهر معلوماً وهو أن يقول: آجرتك من هذا الوقت شهراً أو سنةً ولو قال: بعتك قفيزاً من هذا الصبرة جاز، والفرق أنه لو قال: بعتك قفيزاً من قفزان هذه الصبرة جاز ولو قال: آجرتك شهراً من شهور هذه السنة لم يجز.

فرع آخر

لو آجر نصف داره أو كانت بينه وبين شريكه فآجر نصيبه منها صحت الإجارة وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: يجوز مع الشريك ولا يجوز مع غيره، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز أصلاً، وروي عنهما مثل قولنا وهذا غلط قياساً [١٦٤/ب] على ما لو أجره من شريكه.

فرع آخر

يجوز أن يؤجر داراً لمنفعة دارٍ أخرى، وقال أبو حنيفة: لا يجوز بناءً على أصله أن الجنس الواحد بانفراده محرم النَّساء وهذا غلط لأنهما منفعتان يجوز إجارتهما فجاز استئجار إحديهما بالأخرى كمنفعة الدار والعبد.

فرع آخر

إذا آجر جميع داره من رجلين بعقدٍ واحدٍ يجوز ويملك كل واحدٍ منهما نصف السكنى مشاعاً فيسكنان جميعاً كالمالكين.

فرع آخر

إذا آجر داره يلزمه تسليم المفتاح إلى المستأجر لأنه من التمكين من منافعها فإن ضاع المفتاح فعليه البدل لأنه بمنزلة الآلة ولو انكسر شيء من آلة الدار أو انقلع يلزمه الإبدال كذلك هذا ولا نعني باللزوم أنه يجبر عليه بل نعني به أنه إذا لم يفعل يثبت للمكتري الخيار إذا كان ذلك ينقص من الانتفاع وإنما يلزم الإبدال لأنه لو آجر خشبةً واحدةً فانكسرت لا يلزمه إبدالها فكذلك الخشبة في الدار فأما إذا لم يحتج إلى الإبدال بل يحتاج إلى الإصلاح بأن يعمد بعماد ونحو ذلك يلزمه ذلك ذكره القفال وهو الصحيح.

فرع آخر

إذا أعتق العبد المؤجر وبقيت الإجارة وقلنا: لا يرجع على السيد بشيء ففي نفقته وجهان **أحدهما**: على سيده استبقاء لما تقدم من حكم الإجارة والنفقة، **والثاني**: في بيت المال من سهم المصالح لأن ذلك من جملتها ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو آجر داراً ثم وقفها صح الوقف والإجارة بحالها ولا يرجع من وقفت عليه بشيء من أجرة مدة الإجارة قولاً واحداً واختص الوقف بها إلى انقضاء المدة لأن الوقف مقصور الحكم على شروط واقفة بخلاف العتق.

فرع آخر

لو آجر عبده ثم كاتبه بطلت الكتابة لأنه لا يملك بها منافع نفسه لما تقدم من إجارته.

فرع آخر

لو استأجر داراً فوجد ماء بئرها متغيراً قال أبو حنيفة: إن استطيع الوضوء به لا خيار وعندنا إن خالف [١٦٥/أ] مقصود آبار تلك الناحية له الخيار، وإن كان معهودهم الشرب من آبارهم وتغيره يمنع من شربه فله الخيار وإن أمكن الوضوء به، وإن كان معهودهم أن لا يشربوا منها فلا خيار إلا أن يستطاع الوضوء منها.

فرع آخر

لو نقص ماء البئر، فإن كان معهوداً في وقته فلا خيار، وإن كان غير معهودٍ في ذلك الوقت، فإن كان مع نقصانه كافياً لما يحتاج إليه المستأجر من شرب أو طهورٍ لا خيار، وإن كان مقصراً فله الخيار.

فرع آخر

إذا تغير ماء الرحا لا خيار لأنه لا يؤثر في عمله ولو نقص فله الخيار إلا أن يكون معهوداً في وقته فلا خيار فيه.

باب كراء الإبل

مسألة(١): قال: «وكراءُ الإبلِ جائز للمحامل والزوامل».

الفصل

وهذا كما قال: كراء الإبل والبهائم جائز بدليل قوله تعالى: ﴿**ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم**﴾ قال ابن عباس رضي الله عنه: ابتغاء الفضل الحج وإكراء الجمال ولأن الحاجة داعية إلى إجارتها كسائر الأشياء فجاز إجارتها، فإذا تقرر هذا فالبهائم تكترى لأحد ثلاثة أشياء للركوب والحمل والعمل لأن كل ذلك منفعة معقولة من عين معروفة فإذا اكترى بها للركوب لا بد من أن تكون البهيمة معلوفة إما بالمشاهدة أو الصفة فإن شاهدها جاز وإن وصفها فلا بد من ثلاثة أشياء ذكر الجنس إبل أو خيل أو بغل أو حمار وذكر النوع فيصف أنواع الإبل من عراب أو بخاتي وفي الخيل يذكر العربي وغيره وذكر الصفة وهي ذكورته وأنوثته لأن الأنثى أوطأ سيراً وأسهل مشياً والذكر أحسن سيراً والأغراض تختلف بجميع ما ذكرنا.

وقال في «الحاوي»(٢): لو ذكر له جنس المركوب ولم يذكر نوعه ولا صفته جاز لأن تأثير ذلك في القيم وهذا غريب وينظر الجمال إلى الراكب حتى يصير معلوماً واحداً [١٦٥/ب] كان أو اثنين ولا يمكن معرفة الراكب بالصفة فتحتاج إلى المشاهدة، وقال القفال: إن ذكر راكباً وزنه كذا جاز وحكى أصحاب مالك عنه أنه يجوز الإطلاق في ذلك لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب وهذا لا يصح لأن الرجال يختلفون في الطول والثقل ويتفاوتون تفاوتاً متبايناً فلا يجوز الإطلاق ثم إن كان يركب من غير شيء

(١) انظر الأم (٣/ ٨٢).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٤١١).

لا يحتاج إلى ذكر ما يركب عليه فيركبه المكري على قتب أو زاملةٍ أو سرجٍ أو ما شاء والزاملة أن يُشدّ عليه المتاع والزاد والماء ثم يركب فوقه من غير محملٍ، وإن كان يركب على محمل أو عمارية أو غير ذلك فلا بد من أن يكون معلوماً وإنما يصير معلوماً بالمشاهدة فأما بالصفة فلا يمكن ضبطها لأنها تختلف وتتباين.

وقال ابن أبي هريرة: يصير معلوماً بالصفة ويصح العقد عليه، وقال أبو إسحاق: إنما لا يمكن ضبط المحامل الخراسانية الثقال فأما البغدادية الخفاف يمكن ضبطها لأنها لا تتفاوت تفاوتاً كثيراً وكذلك محامل خوارزم وهذا لا يصح لأن الكل يختلف ولا يمكن ضبطها هكذا ذكره أبو حامد واختار القفال ما ذكره أبو إسحاق وحصل ثلاثة أوجه ولا بد من أن يذكر مكشوفاً أو مغطى فإن ذكر مغطى فالأحوط أن يذكر ما يغطى به فإن لم يذكر ذلك جاز وغطاه على ما جرت به العادة من اللبد أو النطع وهذا لأنه لا يختلف اختلافاً متبايناً بل يتقارب ذلك وإن شرط شيئاً من هذا تعين ما شرطه.

ومن أصحابنا من قال: يحتاج إلى مشاهدة الغطاء وطرف المحمل والظل أيضاً وهو ظاهر المختصر لأن ذلك يختلف والظلل التي يستظل بها ربما تكون مضاعفة فتثقل وربما لا تكون مضاعفة فتخف وينظر أيضاً إلى قدر ارتفاع الظل الذي على الكنيسة فإنه كلما ارتفع كان أضر بالحمل وكلام القاضي الطبري يدل على هذا وهذا أصح عندي [١٦٦/أ]، ومن أصحابنا من خرج قولاً آخر أنه لا يحتاج إلى مشاهدة المحمل أيضاً لأنه يتبع الراكب أو الحمل فيكفي كون المتبوع معلوماً وهذا ليس بشيء قال أصحابنا: ولو ذكر محملاًأو مركباً أو زاملةً واستقصى في الوصف حتى تصير الصفة معلومةً قامت الصفة المحيطة بالموصوف مقام المعاينة وكذا حكم الظروف لأن القصد من المشاهدة أن يصير معلوماً وأما المعاليق وهي السفرة والسطيحة والمسينة والكساء والزلية والزنبيل ونحو ذلك قال الشافعي: القياس أنه لا بد من معرفتها يعني رؤيتها ومشاهدتها ولو قيل: يجوز إطلاقها ويحمل على العادة فيها جاز فاختلف أصحابنا فيه على طريقين فمنهم من قال: لابد من مشاهدتها وهو اختيار أبي حامد لأنها تختلف وتتباين فربما كثر وربما قل وذاك الآخر حكاية مذهب مالك ولهذا ذكر أن القياس هذا ولا يجوز على قوله ترك القياس إلى الاستحسان.

وقال غيره: في المسألة قولان **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: يجوز ويحمل على العرف في مثله قدر ما يراه الناس وسطاً والصحيح الأول ولو أركبه حطماً وهو المنكسر أو فحماً وهو الهرم أو ضرعاً وهو الضعيف الصغير له الرد وأما صفة مشيه، فإن كان مما لا يختلف مشي جنسه كالبغال والحمير والإبل لم يحتج إلى ذكره، وإن كان مما يختلف كالخيل وصف مشي المركوب من مهملجٍ أو قطوفٍ فإن أخل بذلك فيه وجهان **أحدهما**: يصح وركب الأغلب من خيل الناس، **والثاني**: يبطل لما فيه من التباين واختلاف الأغراض ولو أكرى حمولة لا يحتاج إلى ذكر جنس البهيمة والنوع لأنه لا غرض فيه وإنما الغرض تحصيل الحمولة في ذلك الموضع فعلى أي وجه حصلها جاز

ويخالف إذا اكتراها للركوب فإن الغرض يختلف فيما يركبه الإنسان فلم يكن بد من أن يكون المركوب معلوماً و [١٦٦/ب] الحمولة بضم الحاء الأحمال واحدها حمل والحمولة بفتح الحاء الإبل العظام الأجسام التي يحمل عليها قال الله تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلْأَنْعَٰمِ حَمُولَةً وَفَرْشًا﴾ [الأنعام: ١٤٢] والفرش الصغار ولا بد ها هنا من ذكر وزن الحمولة وجنسه فإنه يختلف ضرورةً فيختص الحديد بالضرر لاجتماع ثقله من موضعٍ واحدٍ ويختص ضرر القطن بتجافيه وأخذه لجميع بدن الجمل وغير ذلك فلا بد من بيانه لأجل ذلك أو يذكر الكيل إن لم يذكر الوزن، وقال بعض أصحابنا: إن ذكر وزنه ولم يذكر جنسه جاز وكأن المكري رضي بأعظم الأمتعة ضرراً، وهذا صحيح إذا قال: احمل ما شئت بهذا الوزن، وإن لم يذكر الوزن ولا الجنس ولكن رآها المكري جاز وإن رآه المكري في وعاء ولم يعرف وزنه فرفعه بيده هكذا ليعرف قدر ثقله على التقارب جاز وإن لم يعرف جنسه لأن قصده معرفة الثقل والخفة لا الجنس وإن لم يعرفه بيده ولكن رآه في وعاء مملوءاً لم يجز لأنه قد يملأ حديداً وقد يملأ تبناً وفيه قول آخر لا تكفي المشاهدة حتى يكون معلوم القدر والوزن عندهما مع المشاهدة تخريجاً من رأس المال في السلم هل يجوز أن يكون جزافاً أم لا لأن عقد الإجارة لا ينبرم كالسلم بخلاف البيع ذكره في «الحاوي»[١].

فرع

الوعاء الذي يحمل فيه من الجوالق إن ذكر وزنه مع الوعاء لا يحتاج إلى ذكر الوعاء لأنه دخل في جملة الوزن وإن قال: تحمل لي كذا وكذا في وعائه فلا بد من أن يكون الوعاء معلوماً ولا يمكن معرفته إلا بالمشاهدة فأما بالصفة فلا لأنه يختلف قال الشافعي: إلا أن يكون من غرائر الجبل التي لا تختلف فتحمل على ذلك إذا قال من غرائر الجبل فإنها تنسج على منوال واحد لا تختلف وإذا وصف بحيث لا يتفاوت [١٦٧/أ] في المتفاوت فالحكم على ما ذكرت في المحمل.

فرع آخر

إذا اكتراها ليحمل تبناً لا يجوز حمل الحديد بوزنه كذلك على العكس لما ذكرنا ولكن لو حمل مكان التبن صوفاً أو مكان الحديد رصاصاً أو مكان الحنطة شعيراً فلا بأس به لأنه يتقارب.

فرع آخر

إذا اكترى بهيمةً للركوب لا بد من أن يبين أنه يركبها على الإكاف أو السرج أو فوق الزاملة فإن ذلك يتفاوت ويختلف الغرض فيه وتختلف الأجرة بذلك في العادة.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٤١٣).

فرع آخر

إذا اكتراها للسقي يحتاج أن يذكر جنس البهيمة فيقول: ثوراً أو بغلاً أو بعيراً لأنه يختلف فيحتاج إلى أن يكون الدولاب الذي استأجره لأجله معلوماً لأن الدواليب تختلف بالكبر والصغر وتحتاج أن يقدر ذلك بمدةٍ معلومة لأن تقدير العمل فيه لا يمكن.

فرع آخر

لو اكتراه للحرث يحتاج أن يذكر الجنس أيضاً لأنه يختلف ويذكر الأرض التي يعمل عليها لأنها تختلف بالصلابة والرخاوة ويقدر ذلك بالعمل فيقول: استأجرتك لتحرث هذه الأرض أو عشرة أجربة أو خمسة وإن لم تشاهدها ولا يقدر ذلك بمدة فإن قدر بمدةً بطل ولو اكتراه شهراً للركب أو الحرث جاز وإن لم يذكر مقدار الأرض، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز تقديره بالمدة وليس بمشهورٍ وهكذا إذا اكترى شهراً للركوب أو الحمل عليها على ما ذكرنا جاز وإن لم يذكر المسافة وإن ذكر المسافة فلا ينبغي أن يذكر المدة لأنه إذا جمع في العقد بينهما كثر الغرر.

فرع آخر

لو استأجر ظهراً للدياس لا بد من معرفة الجنس لأن العمل يختلف به ولو عين الزرع لم يفتقر إلى تعيين الحيوان الذي يداس به ولأنه لا غرض في تعيينه، وإن كان إلى مدةٍ لم يجز [١٦٧/ب] إلا بالتعيين لأن العمل يختلف باختلافه.

فرع آخر

لو اكتراها ليركبها بسرج فضرب عليها إكافاً لم يجز لأن السرج أخف عليها ولو أبدل الإكاف بالسرج قال القفال: ولو اكتراها لحمل متاعٍ فأبدل السرج بالإكاف يجوز إذا لم يكن أثقل من السرج ولو أبدل الإكاف بالسرج لم يجز وفي هذا نظر.

فرع آخر

إذا اكتراها ليركبها قال الشافعي: له أن يركبها بنفسه وله أن يركب من هو في مثل حاله وليس له أن يركبها من هو أثقل منه، وقال أبو حنيفة: ليس له أن يركبها غيره كما لو اكترى دابة ليس للمكري أن يبدلها بغيره وهذا غلط، والفرق أن المكتري قد ملك استيفاء المنافع فله أن يستوفي بنفسه وبغيره وليس كذلك المكري لأن المكتري قد ملك عليه المنفعة المكتراة ومن ملك عليه غيره شيئاً لم يكن له إبداله كما لو اشترى عبداً ليس له إبداله.

فرع آخر

إذا اكتراها للركوب فكل ما كان للتمكين من الركوب فهو على المكري وكل ما كان للتوطئة والتمهيد فعلى المكتري فالخطام والمقود والقتب أو السرج أو الإكاف أو الإكاف أو الجوبة والبرذعة والبرة وهي التي تكون في أنف الجمل كلها على المكري

لأنه لا يتمكن من الركوب إلا بها فكل ذلك عليه وهذا لأنه لا يستوي السرج والإكاف على الظهر إلا بالبرذعة ونحوها والمحمل والكنيسة وما يفرش فيهما والحبل الذي يشد به أحد المحملين إلى الآخر على المكتري.

فرع آخر

الأعمال على من تكون؟ ينظر فإن كانت رفع المحمل وحطه وشده على الجمل ورفع الأحمال وحطها فكلها على المكري، وإن كانت شد أحد المحملين بالآخر فيه وجهان **أحدهما**: يجب على المكري لأنه للتمكين من الركوب فهو كحطه ورفعه، **والثاني**: أنه على المكتري [١٦٨/أ] لأنه من تمام آلته وما يوطأ به الركوب لنفسه.

فرع آخر

أجرة الدليل والسائق والقائد ينظر فيها، فإن كان اكترى بهيمةً بعينها فليس عليه غيرها وتجب أجرتهم على المكتري، وإن كان اكترى منه الركوب أو الحمولة في الذمة كان على المكتري حمله إلى الموضع المشروط وأجرة هؤلاء على المكري دون المكتري.

فرع آخر

إذا استأجر رجلاً ليصطاد له شهراً بدينار صح وإذا اصطاد شيئاً كان للمكتري ذكره ابن سريج.

فرع آخر

إذا جوّزنا الاستئجار للاصطياد يحتاج إلى ثلاثة شروط ذكر جنس الجارح من فهدٍ أو نمرٍ أو كلب أو بازي أو صقرٍ ولو عيّن الجارح بالعقد كان أولى وإن لم يعيّن جاز بعد وصفه بالتعليم، **والثاني**: ذكر ما يرسل عليه من الصيد من غزال أو ثعلب أو حمار وحشٍ لأن لكل صيد من ذلك في أتعاب الجارح أثراً، **والثالث**: أن يكون العمل معلوم القدر ولا يعلم ذلك إلا بتقدير الزمان.

فرع آخر

لو شرط إرساله على جنسٍ فأرسله على غيره جاز إذا كان مثله أو أقرب، وإن كان أصعب صار متعدياً وضمن الخارج إن هلك.

مسألة(١): قال: «وإنِ اكترى إلى مكةَ فشرطَ سيراً معلوماً فهو أصح».

وهذا كما قال: إذا شرط في الطريق سيراً معلوماً كل يوم كان أولى وأصح وأبعد من أن يتنازعا في مقدار السير وإن لم يشترط قال الشافعيُّ: الذي أحفظ أن السير معلوم على المراحل لأنها الأغلب من سير الناس قال أصحابنا: إذا كان الطريق آمناً جاز تقدير السير فيها في كل يوم ووجب الوفاء به وأيهما أراد المجاوزة أو التقصير عنه

---

(١) انظر الأم (٣/ ٨٣).

لم يكن له فإن قال أحدهما: إني أقيم هذا اليوم ها هنا وأسير غداً وأطوي مقدار ما أقمت لم يكن له وإن أطلقا ذلك، فإن كانت منازل الناس فيه معلومة حمل عليهما كما يحمل مطلق البيع على النقد المعروف، وإن كان الطريق مخوفاً لم يجز شرطه لأن السير ليس إلى اختيارهما.

وقال أبو إسحاق: هذا الذي ذكره الشافعي إنما [١٦٨/ب] قال في وقتٍ كان للناس عرف وعادة يسيرون فيها ولا يجاوزون فأما اليوم فلا عرف ولا عادة فإن ذكر قدر السير كل يوم جاز وإن لم يذكر بطل، وقال أبو حامد: لا يحل أن يشترط السير الذي في وقتنا هذا لأن فيه حملاً على البهائم ولو شرط سير هذه العادة بطل العقد.

فرع

لو تراضيا على المجاوزة عن المرحلة المعتادة كان ذلك لهما إذا كانت المجاوزة لا تعنف الدابة عنفاً يضر بها فيكون ذلك ممنوعاً بالشريعة ولا يجوز تحميلها ما لا طاقة لها بذلك.

فرع آخر

زمان السير هل يكون ليلاً أو نهاراً؟ ينظر فإن كان للطريق عرف وعادة حمل الإطلاق عليه وإن شرط فيه حمل على الشرط وإن أطلقا ولا عرف في زمان السير بطل.

فرع آخر

موضع النزول أين يكون؟ فإن كان له عرف حمل عليه، وإن لم يكن له عرف غالب فتارة ينزلون في جوف البلد وتارةً ينزلون خارجاً كان ذكره موضع النزول شرطاً ومتى اختلف إلى موضع النزول فقال المكتري: جوف البلد أصون لمالي، وقال المكري: خارج البلد أحوط لبهائمي قال المزني في «الجامع الكبير»: قدمنا قول من العرف معه، وإن لم يكن عرف فلا بد من الشرط فيحملان عليه على ما ذكرنا.

مسألة[١]: قال: «فإنْ تكارى إبلاً بأعيانِها ركبَهَا».

الفصل

وهذا كما قال: لا بد من أن يكون المركوب الذي استأجره للركوب معلوماً ويصير معلوماً بالمشاهدة أو بالصفة على ما ذكرنا فإن اكتراها ولم يرها فيه قولان **أحدهما**: لا يجوز، **والثاني**: يجوز ويثبت خيار الرؤية وبه قال أبو حنيفة ثم إذا اكتراها بعينها، فإن كانت سليمة ركبها وإن وجدها خشنة المشي لم يكن له الرد لأن ذلك ليس بعيب وإن وجد بها عيباً بأن تعثُر في مشيها أو لا تبصر بالليل فهو بالخيار بين الإمساك مع العيب وبين الرد وفسخ العقد وليس له أن يبدلها بغيرها وإن ماتت بطلت الإجارة وإن أفلس

---

(١) انظر الأم (٣/ ٨٣).

المكري فالمكتري أحق بعين الدابة [١٦٩/أ] من الغرماء فلا يباع في الدين ما لم يعمل في الإجارة على قولنا: لا يباع المكري وإن اكتراها موصوفة وهو أن يحمله على جملٍ يحمله من غير ضررٍ لا يكون فتياً شرساً نفوراً ولا مسناً قحماً أو يقول: اكتريت منك جملاً تحملني عليه إلى بلد كذا أو تحمل هذه الحمولة إلى بلد كذا ولا يزيد على هذا يجوز لأنه لا حاجة إلى المستأجر إلا إلى قوته وصحته ومطلق العقد يقتضي الصحة وقوله: تحملني اشتراط القوة فإن شرطا أجلاً فيه جاز وإن أطلقا فهو سلم حالٍ على ما سنبين إن شاء الله تعالى فها هنا إن ماتت أو وجد بها عيباً يلزمه بدلها وإن فلّس فالمكتري يساوي الغرماء، والفرق أن هناك تعلق العقد بعينه فلا يجوز الإبدال وها هنا تعلق بالذمة فيجوز الإبدال وهذا كما في بيع العين لا يجوز الاستبدال عن المبيع ويجوز في السلم إذا أخذه معيباً الرد والإبدال.

مسألة(١): قال: «وعليهِ أنْ يُركبَ المرأةُ وينزلها عنْ البعيرِ باركاً».

الفصل

وهذا كما قال: إذا اكترت المرأة جملاً يلزم على الجمّال أن يُنيخه لركوبها ونزولها وكذلك إن كان المكتري رجلاً وكان شيخاً ضعيفاً أو مريضاً لا يقدر على ركوبه ونزوله وهو قائم يلزمه أن يُنيخه وكان في معنى المرأة في ذلك لأن هذا هو العادة للضعف بهن وبهم ولأن المرأة عورة فربما تنكشف عند الركوب والنزول قائماً، وإن كان الرجل قوياً باطشاً يقدر على الركوب والنزول قائماً يضع رجله على عنق البعير ويركب ولا يلزم المكري إناخته وإن احتاج إلى معاون يرفع رجله فعليّ المكري معاونته.

وقال أبو إسحاق: فإن كان قوياً عند العقد ضعيفاً عند الركوب لمرض كان حكمه حكم المريض، وإن كان مريضاً عند العقد ثم برئ كان حكمه حكم الصحيح القوي اعتباراً بحال الركوب لا بحال وجود الإجارة وأما النزول للرواح طرفي النهار في طريق مكة نظر، فإن شرط في العقد شيئاً معلوماً جاز ويلزم على ما شرط [١٦٩/ب] وجرى ذلك مجرى أوقات الاستراحة، وإن كان مطلقاً وللناس عرف في ذلك هل يلزمه النزول له إذا كان قادراً على المشي؟ وجهان **أحدهما**: يلزمه ذلك اعتباراً بالعرف، **والثاني**: لا يلزمه ذلك تغليباً لحكم العقد كما في الأحمال لا يلزمه حملها في بعض الطريق.

وإن كان امرأةً أو رجلاً مريضاً لا يلزمه النزول وأما ما يعمله الراكب كل ما أمكنه عمله على البعير فعليه أن يعمله عليه كالأكل والشرب واللباس وصلاة النافلة وكل ما لا يمكنه فعله على البعير فعليه أن يقف له البعير حتى ينزل لذلك العمل وهو النزول لحاجة الإنسان والطهارة وصلاة الفرض وإذا نزل للصلاة كان له أن يصلي تامةً قصيرةً وليس له التطويل ولا عليه التخفيف لأنه هو القصد وينتظره حتى يفرغ منها ولو قال له

---

(١) انظر الأم (٣/ ٨٤).

المكري: لا تطوّل صلاتك واقتصر فيها على قوله: ﴿قل هو الله أحد﴾ لا يقبل منه ذلك وهكذا لو أراد المكتري أن يطوّل القراءة ويسبح تسبيحات كثيرة ليس له ذلك وله أن ينزل في أول وقت الصلاة لإدراك فضيلة أول الوقت وله أن يصلي كل صلاة في وقتها وليس للجمال أن يطالبه بالتأخير للجمع أو التقديم للجمع لأن الجمع رخصة والأفضل أن يصلي فعل كل صلاة في وقتها.

مسألة[١]: قال: «ولا يجوزُ أنْ يتكارَى بعيراً بعينِهِ إلى أجلٍ معلومٍ إلا عند خروجه».

الفصل

وهذا كما قال: الإجارة على ضربين إجارة بهيمةٍ بعينها أو عمل رجلٍ بعينه وإجارة في الذمة فإن استأجر بهيمةً بعينها أو عمل رجل بعينه فشرط مسافة معلومة لم يجز شرط تأخير التسليم فيها بأن يقول: اكتريتها لأركبها إلى موضع كذا أو في يوم كذا أو اكتريتك لتخرج إلى موضع كذا غداً خلافاً لأبي حنيفة وإن أطلقا العقد في الذمة جاز ووجب التسليم في الحال، فإن كان العقد مطلقاً وأخّر التسليم لم يضره كما لو باع سلعةً بعينها وأخَّر تسليمها وإن استأجر [١٧٠/أ] في الذمة بأن يقول: استأجرت منك جملاً لأركبه إلى مكة تسلمه إليّ بعد شهرين أو في يوم كذا أو قال: أركبه شهراً أوله يوم كذا أو أستأجر رجلاً على عمل مضمون في الذمة ولم يشترط عليه عمله وشرط الأجل فإن ذلك كله جائز لأن الإجارة صنف من البيوع فإذا تعلق بالعين لم يجز شرط الأجل وإذا تعلق بالذمة جاز شرط الأجل ويكون سلماً في المنافع نص في «البويطي» عليه، وقال: إنه سلف في المنافع قال أصحابنا: فإن استأجره بلفظ السلم مثل أن يقول: أسلمت إليك في ركوب جملٍ أو ظهرٍ من صفته كذا إلى موضع كذا أو في مدة كذا تسلمه إليّ في وقت كذا فإن ذلك جائز وعلى هذا يجب قبض الأجرة في المجلس وإن عقداه بلفظ الإجارة فهل يجب قبض الأجرة في المجلس وجهان **أحدهما**: يجب تسليم الأجرة في المجلس، **والثاني**: لا يجب وهذا مبني على اختلاف أصحابنا في أن الاعتبار باللفظ أو بالمعنى فإن قلنا: الاعتبار باللفظ لم يجب تسليم الأجرة في المجلس لأنه عقد بلفظ الإجارة دون لفظ السلم وإن قلنا: الاعتبار بالمعنى دون اللفظ فإن معناه معنى السلم فوجب تسليم الأجرة في المجلس.

وقال القاضي الطبري: نص الشافعي في «البويطي» على أنه سلف ثم قال: ولا يجوز أن ينقده بعض الكراء حتى ينقده كله مثل السلف وهذا نص يسقط الوجه الآخر، وقال فيه أيضاً: ولو اصطلحا من تلك المنفعة على شيء لم يجز لأنه استبدال عن المسلم فيه إلا أن يسلم إليه الدابة ثم يصطلحا على شيء فيجوز كما لو أجره المكتري من غيره جاز لأن القبض في الإجارة يجوّز التصرف فإن لم يحصل المنافع مقبوضة إذ

---

(١) انظر الأم (٣/ ٨٤).

هي بالقبض تتلف فلا يمكن العقد عليها بعد.

فرع

لو قال: اكتريتك لحمل هذا إلى بلد كذا جاز وإن لم يذكر الدابة والمكري يحمله على ما شاء.

فرع آخر

لو اكترى جملاً بعينه أو دابة بعينها فندَّت وشردت، فإن كان العقد على المدة ولم يقدر عليها حتى مضت المدة انفسخ العقد وأما في الحال لا ينفسخ العقد بل يثبت له الخيار فيه لأنه لم يتحقق تلف [١٧٠/ب] المعقود عليه كما لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض لم يثبت الخيار، وإن كان العقد معقوداً على مسافة لا ينفسخ بحالٍ بل يثبت الخيار.

فرع آخر

لو سلم الدابة إليه فلم يركبها حتى مضت مدة الركوب مع الإمكان استقرت الأجرة وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: لا تستقر إلا أن يستوفي ذلك الطريق مع الدابة فتستقر الأجرة وإن لم يركب حينئذ وهذا غلط لأن المستأجر قبض العين المستأجرة وتمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها فتستقر عليه الأجرة كما لو استأجرها شهراً للركوب وتسلمها.

فرع آخر

لو استأجر إجارةً فاسدةً وقبضه وتمكن من الانتفاع به يلزمه أجر المثل، وقال أبو حنيفة: لا يلزمه الأجرة إلا أن ينتفع وهذا غلط لأن التمكن كالاستيفاء كما في الإجارة الصحيحة وعندنا إذا انتفع يلزمه أجر المثل وإن زاد على المسمى، وقال أبو حنيفة: يلزمه أقل الأمرين من المسمى أو أجر المثل.

فرع آخر

لو غصب الشيء المستأجر مدةً فالحكم فيه كما لو اشترى عبداً فهلك في يد البائع إن أتلفه المشتري استقر عليه الثمن وإن تلف بأمرٍ سماوي بطل العقد فإن أتلفه البائع بطل قولاً واحداً وإن أتلفه أجنبي فقولان فإذا قلنا: لا يبطل فللمشتري الخيار وقيل: بالعكس من هذا إن أتلفه أجنبي لا يبطل قولاً واحداً وفي إتلاف البائع قولان فكذلك في مسألة الإجارة إن قبضها المكتري بغير إذن المكري استقرت الأجرة عليه وإن منعها المكري حتى انقضت المدة قيل: قولٌ واحدٌ يبطل وقيل: قولان، وإن كان المانع أجنبياً قيل: لا يبطل قولاً واحداً وقيل: قولان والأصح أنه لا يبطل في هذا إن كان الركوب مقدراً بالمدة فهو بالخيار بين شيئين بين المقام على الإجارة والرجوع على الغاصب بأجرة المثل وبين الفسخ والرجوع على المكري بالأجرة المسماة، وإن كان الركوب مقدراً بالمسافة كان خياره بين ثلاثة أشياء الفسخ والرجوع بالمسمى والمقام والرجوع

بأجرة المثل على الغاصب، **والثالث**: [١٧١/أ] المقام على الإجارة وركوب البعير الآخر ويرجع المالك الجمال على الغاصب بأجرة المثل إذا فسخ الإجارة فحكمه كما لو انفسخت الإجارة في أثناء المدة وقد ذكرنا.

فرع آخر

قال الشافعي: ليس له أن يخاصم الغاصب إلا بوكالة المالك، وقال أصحابنا: هل له أن يخاصم الغاصب في المنفعة؟ وجهان **أحدهما**: له ذلك لأن المنفعة له، **والثاني**: لا يخاصمه كالمرتهن والأصح عندي الأول وأراد الشافعي لا يخاصمه في الرقبة ورأيته عن القفال.

فرع آخر

لو كانت الإجارة في العقار لا يجوز إلا أن يكون معيَّناً ولا يثبت في الذمة بحالٍ ولا بد أن تكون المنفعة معلومة على ما سبق بذكر المدة فإن وافق أول الهلال وذكر شهراً مطلقاً اعتبر ما بين الهلالين تاماً كان أو ناقصاً، وإن كان قد مضى من الهلال بعضه أكمل ثلاثين يوماً فإن تأخر القبض يوماً أو يومين بطل العقد في قدر ما فات قبضه لأنه تلف قبل القبض وهل يبطل فيما بقي؟ طريقان فمنهم من قال: لا يبطل قولاً واحداً ومنهم من قال: فيه قولان وأصل هذا إذا وقع الفساد بعد العقد قبل القبض مثل أن باع عبدين فمات أحدهما في يد البائع بطل البيع فيه وهل يبطل فيما بقي؟ طريقان فإذا قلنا: لا يبطل فالمكتري بالخيار بين أن يقيم على العقد أو يفسخ فإن اختار الإقامة عليه أمسكه بالحصة وليس له أن يقول: استعمل يوماً من شهرٍ آخر خلافاً لأبي حنيفة على ما حكي عنه.

فرع آخر

لو قال: أجرتك هذه الدار شهراً وأطلق لا يجوز ويحتاج إلى أن يقول: من هذا الوقت، وقال أبو حنيفة ومالك: يجوز ويكون من حين العقد وهذا غلط لأن العقد ها هنا على المدة دون الذمة فيصير كما لو قال: بعتك عيناً من هذه الأعيان لا يجوز.

فرع آخر

لو استأجر بعيراً ليركبه مسافة شهرٍ إلى مكة لم يجز لأن ما يقدر العمل فيه لم يجز اشتراط المدة فيه على ما ذكرنا، وقال بعض أصحابنا: يجوز لما فيه من زيادة التأكيد [١٧١/ب] وقال أبو الفياض: إن كان العمل ممكناً في تلك المدة جاز وإلا فلا يجوز والأول أصح.

فرع آخر

إذا قال: استأجرتك فتُحصل لي خياطة خمسة أيام وقال القاضي الطبري: لا يصح ووجهه أن العمل مجهول لأن الخياطين تختلف أعمالهم وإنما يصير ذلك بتعيين الخياطة أو تقدير العمل فأما بالمدة لا تزول الجهالة.

مسألة[١]: قال: «وإن اختلفا في الرُّحلة رحَل لا مكبوباً ولا مستلقياً».

وهذا كما قال: اختلف أصحابنا في تأويله فمنهم من قال: تأويله اختلفا في شد القيد المؤخر فقال المكري: أنا أضيق المؤخر وأوسع المقدم فيكون المحمل منكباً فيما يلي عنق البعير ليكون أخف على الجمل، وقال المكتري: وسع القيد المؤخر حتى يكون مستلقياً فيكون أروح لي ومنهم من قال: تأويله أن يقول المكري: أضيق القيدين حتى يرتفع المحمل عن خاصرة الجمل وعن جنبيه، وقال المكتري: وسعه حتى ينزل فإني لا آمن أن أسقط وكيف ما كان لا يرجع إلى قول واحدٍ منهما ويشدّ لا مكبوباً ولا مستلقياً على ما في العرف والعادة طلباً للإنصاف حتى لا يضر بهما، وكذلك لو اختلفا في جلوس الراكب في المحمل فقال المكري: اعتمد إلى ناحية عنق الجمل فيكون كالمكبوب على وجهه، وقال الراكب: بل أستلقي على كفل الحمل فإنه يقعد لا مستلقياً ولا مكبوباً على وجهه فإن خير الأمور أوساطها.

مسألة[٢]: قال: «والقياسُ أن يُبدل ما يفنى من الزاد».

الفصل

وهذا كما قال: إذا استأجر جملاً ليركبه ويحمل عليه زاده فلا بد من بيان المزاد فإذا شرط أرطالاً معلومة ثم سرق ذلك في الطريق كان له إبداله قولاً واحداً وإن أكل بعضه هل له أن يُبدل قدر ما أكل؟ قولان **أحدهما**: له ذلك قال الشافعي: وهو القياس واختاره المزني لأنه شرط حمل مقدارٍ معلومٍ فصار مستحقاً كما لو حلَّ المتاع وباع بعضه في الطريق كان له إبداله، **والثاني**: ليسَ له إبداله ويصير في التقدير كأنه اكتراه ليحمل عليه إلى [١٧٢/أ] الموضع الذي يفنى وهذا لأن الغالب أن الرجل يرتحل عن وطنه ومعه قدر من الزاد هيأه وأصلحه فإذا فني في الطريق اقتصر على شراء الزاد يوماً بيوم في المراحل.

وقال أبو إسحاق: إن كانت أسعار الزاد في المنازل متقاربة بالرخص والغلاء وكان انقطاعه مأموناً لم يكن له إبدال ما فني منها لأنه لا غرض في حمله، وإن كان بخلاف هذا يبدل بلا خلاف لأن العرف جار به والقياس دالٌ عليه، وكذلك لو كان الطريق غامراً يخاف فيه عدم ما لا بد منه له أن يبدل قال أصحابنا: وله إبدال الماء كلما فني قولاً واحداً لأن العادة في الماء الإبدال وقيل: الوجهان في النزول للرواح مأخوذان من هذين القولين.

مسألة[٣]: قال: «وإن هربَ الجَمَّالُ فعلى الإمام أن يكتري».

الفصل

وهذا كما قال: إذا اكترى من رجل جمالاً ثم هرب الجمال لم يخلو من أحد أمرين

(١) انظر الأم (٣/ ٨٤).
(٢) انظر الأم (٣/ ٨٤).
(٣) انظر الأم (٣/ ٨٤).

إما أن يهرب مع الجمال أو يهرب وحده إن هرب بالجمال نظر إن كانت الإجارة في الذمة فالمكتري يرفع أمره إلى الحاكم ويقيم البينة عليه ثم الحاكم إن وجد له مالاً اكترى منه جمالاً للمكتري حتى يستوفي المنافع منها وإن لم يجد له مالاً كان له أن يستدين عليه فإن استدان اكترى له جمالاً ولا يجوز أن يدفع إلى المكتري مالاً ليكرى لنفسه بنفسه نص عليه في «البويطي» كما لا يجوز للمسلم أن يأخذ من المسلم إليه مالاً فيشتري لنفسه طعاماً وإن لم يجد من يستقرض منه أو وجد ولكنه لم يرد ذلك لخوفه أن لا يتوصل إليه في الثاني فإنه يقول للمكتري: حقك معجل وقد تأخر فلك الخيار في فسخ العقد فإن فسخ رجع بما دفع من الأجرة ويكون في ذمته يتبع به إذا قدر عليه وإن صبر وأقام على العقد، فإن كانت الإجارة إلى مدة تنقضي بطلت بالفوات وكانت الأجرة ديناً على الجمال يتبعه متى قدر، وإن كانت إلى بلدٍ بعينه لم تبطل بالتأخير فإذا قدر [١٧٢/ب] طالبه به، وإن كانت الإجارة تعلقت بجمال بأعيانها لا يجوز للحاكم أن يكتري عليه لأن الإبدال لا يجوز في المعين والمكتري بالخيار في الفسخ والمقام على الإجارة كما لو اشترى عبداً فأبق فإن فسخ نظر، فإن كان له مال رجع بما دفع من الأجرة في ماله، وإن لم يكن له مال كانت الأجرة في ذمته يطالبه المكتري بها إذا قدر وإن أقام على العقد، فإن كانت الإجارة على مسافةٍ معلومةٍ صبر حتى يرجع الجمال ثم يطالبه بالمنافع لأنها لا تفوت أو لا تفوت بمضي الزمان، وإن كانت الإجارة على مدةٍ معلومة فإذا انقضت المدة قبل رجوعه انفسخ العقد.

وإن هرب الجمال وترك الجمال فالمكتري يرفع أمره إلى الحاكم فإن وجد له مالاً أنفقه على الجمال لأن النفقة على المكتري لأنه من تمام التمكين وإن لم يجد له مالاً بوجهٍ فإن وجد من يستقرض منه ما ينفقه عليها استقرض وإن لم يجد وكان في الجمال فضل باع منها بقدر نفقتها ولا يبيع الكل لحق المكتري ذكره أبو إسحاق، وإن لم يكن فضل يقول الحاكم للمكتري: أنفق عليها إلى أن تستوفي حقك في المنافع ثم يرجع على المكري هكذا ذكره القاضي الطبري.

وقال بعض أصحابنا: إن قبض منه الحاكم القرض وأنفق على الجمال بنفسه أو فوض إلى من ينفق عليه جاز وإن أذن له حتى ينفق بنفسه من ماله قرضاً نص في «الأم» على قولين فإذا قلنا: لا يجوز فخالف وأنفق لم يرجع بشيء لأنه تطوع بالإنفاق وإذا قلنا: يجوز وهو الأصح فأنفق ثم عاد الجمال فإن اتفقا على قدر النفقة فلا كلام وإن اختلفا نظر، فإن كان الحاكم قدر له النفقة فادعى على أكثر منها لم يرجع في الزيادة ورجع بالقدر الذي أذن الحاكم به وكذلك إن كان أنفق قدر ما قال الحاكم أو أقل وادعى ذلك فالقول قوله مع يمينه لأنه أمين، وإن لم يكن قدره الحاكم ويجوز ذلك لاختلافه باختلاف المنازل فينفق بالمعروف من غير سرفٍ ولا تقصير ولو اختلفا بعد ذلك في قدر ما اتفق فيه [١٧٣/أ] ثلاثة أوجه أشار إليها الشافعي في «الأم»:

أحدها: القول فيه قول المكري لأن المكتري يدعي عليه مالاً والأصل براءة الذمة.

والثاني: القول قول المكتري في قدر المعروف لأنه أمين وهو الأصح.

والثالث: يرجع إلى عرف الناس فإذا وافق ذلك قول أحدهما: فهو المعمول عليه قال في «الحاوي»[1]: وهذا اختيار الشافعي قال: وإن خالف قياس الأصول الموجبة لأحد المذهبين وقد يترك القياس إذا تفاحش إلى ما يكون عدلاً بين الناس وإن يرجع الجمال فإذا بلغ المكتري الموضع باع الحاكم منها بقدر ما أنفق ويقضيه وما بقي منها ينظر فيه باجتهاد، فإن كان الحظ في حفظها حتى يرجع صاحبها فعل، وإن كان الحظ في بيعها وحفظ ثمنها فعل وإن أنفق من غير إذن الحاكم فقد ذكرنا في المساقاة إذا هرب العامل ما يغني عن الإعادة.

فرع

يجوز أن يكتري رجلاً ليحفر له بئراً ولا يصح حتى يكون المعقود عليه معلوماً ولا يكون معلوماً إلا بأحد أمرين بالمدة أو بالعمل فالمدة أن يقول: استأجرتك لحفر البئر شهراً وإن لم يعين الموضع فإذا صح العقد كان عليه العمل شهراً ولا يحتاج إلى شرطٍ آخر، وإن كانت المنفعة معلومةً بالعمل فلا بد أن تكون البقعة التي يحفر فيها معلومة بالمشاهدة ثم يعرف مقدار سعتها وهو الدور ومقدار عمقها وعند أبي حنيفة لا يحتاج إلى بيان هذا، وقال قوم من العلماء لا يجوز الاستئجار عليها لأن باطن الأرض يختلف بالصلابة والرخاوة وإن ما يخرجه من التراب غير معلوم وهذا غلط بخلاف الإجماع وهذا معلوم بالعرف والعادة في الجملة ويصير باطنها بمشاهدة الظاهر معلوماً وإن جاز أن يكون الأمر بخلافه كما يصير باطن الصبرة من الطعام معلوماً بمشاهدة الظاهر حتى يصح البيع، فإذا تقرر هذا فاشتغل الحفار بالعمل فإن مضى على السداد فلا كلام وإن وصل إلى حجرٍ يمكنه حفره [١٧٣/ب] لزمه وإن شق عليه لأنه التزم الحفر بالعقد هكذا ذكر عامة أصحابنا وقيل: لا يلزمه حفره لأنه يخالف ما شاهده من الأرض وإنما وجب مشاهدة الأرض لأنها تختلف فإذا ظهر فيها ما يخالف المشاهدة ويختلف به العمل وجب أن يثبت له الخيار وإن تعذر حفرها بحيث لا يعمل فيه الفأس والمعول أو نبع الماء فقد انفسخ الإجارة فيما بقي من العمل وهل تنفسخ فيما مضى على ما ذكرنا من الطريقين فإذا قلنا: ينفسخ فيما بقي يثبت الخيار في الفسخ في الكل فإن فسخ في الكل يلزم العامل أجر المثل فيما عمل وإن لم يفسخ قسطت الأجرة المسماة على ما بقي من العمل وعلى ما عمل ولا يعمل في هذا على الذرع بل يعتبر ما علا من البئر وما نزل منها فإن حفر ذراعين من أولها أسهل من حفر ذراعين من آخرها فيقسط ذلك فيقال: كم عمل قالوا: عشرة أذرع وكم بقي؟ قالوا: عشرة أذرعٍ فيقال: كم أجرة ما بقي وكم أجرة ما عمل؟ فيقال كذا وكذا فيقسط المسمى عليه.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٤٢١).

فرع آخر

شيء حفر واجتمع تراب في جوف البئر كان إخراجه على الأجير لأنه من العمل.

فرع آخر

لو انهارت من حولها ونزل فيها تراب كان على رب البئر إخراجه كما لو انثال فيه طعام أو وقع فيه بهيمة لا يلزمه إخراجها لأنه لا يلزمه أكثر من الحفر ونقل التراب الذي يحصل من الحفر لا غير.

فرع آخر

يجوز الاستئجار لحفر القُنى والأنهار ولا يصح حتى يكون معلوماً على ما ذكرنا فإذا عين العمل لا بد من ضبط ثلاثة أوصاف العرض والعمق والطول.

فرع آخر

لو استأجره على حفر عشرة أذرع بثلاثين درهماً فحفر خمس أذرع وترك خمسة قال الشافعي: يقال كم تساوي أجرة الخمس المحفورة؟ فإن قيل: خمسةٌ قيل: وكم [١٧٤/ أ] تساوي أجرة الخمس المتروكة؟ فإن قيل: خمسة عشر درهماً جمعتهما وجعلت كل خمسةٍ سهما فيكون جميع السهام أربعة ثم قسمت الثلاثين التي هي الأجرة المسماة على أربعة أسهم يخرج للسهم الواحد سبعة دراهم ونصف وهو الذي يستحقه بالخمس المحفورة وعلى هذا القياس وهذا شرح ما ذكرنا، وقال أبو حنيفة: يضاعف الأذرع المعقود عليها بقدر مسافتها ثم يقسم الأجرة على ما اجتمع منها فما خرج لكل ذراع فهو قدر أجرته مثاله أن يستأجر على حفر خمس أذرع بخمسة عشر درهماً فيجعل الذراع الأولة ذراعاً واحداً لأن نقل ترابها من ذراع واحدة وتجعل الذراع الثانية ذراعين لان نقل ترابها من ذراعين ويجعل الذراع الثالثة ثلاث لان نقل ترابها من ثلاث اذرع ويجعل الذراع الرابعة أربع أذرع على هذا، والخامسة خمس أذرع على هذا ثم يجمع ذراعاً وذراعين وثلاثا وأربعاً وخمساً فيكون خمس عشرة ذراعاً وهي ما استؤجر عليه من الأذرع الخمس ثم تقسم الأجرة المسماة وهي خمسة عشر درهماً يكون قسط كل ذراع درهماً فإن حفر ذراعاً واحدةً استحق درهماً وإن حفر ذراعين استحق ثلاثة دراهم لأن الأولة ذراع، والثانية ذراعان وإن حفر ثلاثاً استحق ستة دراهم وعلى هذا قال في «الحاوي»: وقال بعض محققي أصحابنا ومجوّديهم في الحساب بمذهب توسَّط مذهبي الشافعي وأبي حنيفة لأن مذهب الشافعي وإن كان في القياس مطرداً وعلى الأصول مستمراً فإن فيه اطّراحاً لعملٍ يصح فيه وينحصر به ومذهب أبي حنيفة وإن كان في العمل مطّرداً وفي الحساب صحيحاً فإن فيه كل ما يفسد في القياس ويبطل على الأصول وذلك أن حفائر الآبار تشتمل على حفرٍ ونقل تراب فالحفر [١٧٤/ ب] يتماثل في الأذرع كلها وليس في حفر الذراع الأخيرة عملٌ يزيد على حفر الذراع الأولة فلم يجز أن يفاضل بين أجورها فصار مذهب أبي حنيفة فاسداً وأما نقل التراب المحفور

فإنه يختلف باختلاف المسافة ويتضاعف بأعداد الأذرع لأن مسافة الذراع الثانية مثلا مسافة الذراع الأولة ومسافة الثالثة ثلاثة أمثالها فلم يجز العدول عن تقسيط الأجرة عليها فصار في مذهب الشافعي من هذا الوجه اطّراحٌ لعملٍ هو أصح تحقيقاً وأحصر تقسيطاً، وإذا كان كذلك وجب أن تقسط الأجرة المسماة على الحفر والنقل فما قابل الحفر قسم على أعداد الأذرع من غير تفاضل لأن العمل في جميعها متماثل وما قابل النقل قسم على ما تنتهي إليه مسافة الأذرع لأن العمل فيها متضاعف، فإن قيل: لا يجوز أن يفصل بين أجرة الحفر والنقل لأن أحدهما تبع للآخر قلنا: هذا فاسد من وجهين **أحدهما**: أنه ليس جعل النقل تبعاً للحفر بأولى من جعل الحفر تبعاً للنقل وإذا لم يتميز التابع من المتبوع صار كل واحدٍ منهما مقصوداً، **والثاني**: ما كان تبعاً لغيره لم يجز أن يُفرد بالعقد وقد ثبت أنه لو استأجر على الحفر أجيراً لا ينقل التراب وعلى نقل التراب أجيراً لا يحفر جاز فإذا صح ذلك فللعمل عليه مقدمة وهو أنك إذا أردت أن تعلم مبلغ مسافة نقل التراب من عشر أذرع وشق عليك أن تجمع من الواحد إلى العشرة على الولاء فبابه المختصر أن تزيد على العشرة واحداً تكن أحد عشر ثم تضربها في نصف العشرة تكن خمسة وخمسين وإن شئت ضربت نصف أحد عشر في عشرة تكن خمسة وخمسين وهو مبلغ العدد المجموع من واحد إلى عشرة على الولاء والعلة في ذلك ما ذكره شجاع بن نصر أن الواحد والعشرة يكون أحد عشر والاثنين [١٧٥/أ] والتسعة تكون أحد عشر والثلاثة والثمانية تكون أحد عشر والأربعة والسبعة أحد عشر والستة والخمسة أحد عشر فتعلم أن الذي معك من جملة إعداد العشرة خمس مرارٍ أحد عشر فلذلك ضربت في نصف العشرة وهو خمسة في أحد عشر فعلى هذا إذا أردت أن تجمع من واحد إلى خمسة عشر على الولاء فزد الواحد على خمسة عشر يكن ستة عشر ثم اضربها في نصف خمسة عشر يكن مائة وعشرين وإن شئت ضربت نصف ستة عشر في خمسة عشر يكن مائة وعشرين ثم على هذا القياس، فإذا تقررت هذه المقدمة صرنا إلى العمل فإذا قيل: رجل استؤجر على حفر بئر عمقها خمس أذرعٍ في دورٍ ومعلوم بعشرين درهماً فإنه يقال: كم تساوي أجرة الحفر فإذا قيل: خمسة قيل وكم تساوي أجرة النقل فإذا قيل: خمسة عشر فليس في ذلك محاباة فاجعل أجرة الحفر التي هي خمسة مقسومة على عدد الأذرع الخمس بالسوية لأنه ليس لبعضها على بعض في الحفر فضل فيكون قسط كل ذراع بالحفر وحده درهماً واحداً ثم اجعل أجرة النقل التي هي خمسة عشر درهماً مقسومةً على مبلغ مسافة الأذرع الخمس وهو خمس عشرة ذراعاً لأنه ذراعٌ وذراعان وثلاث وأربع وخمس وإن شئت أن تعمله بالباب المختصر زدت على الخمسة واحداً تكن ستة ثم ضربتها في نصف الخمسة تكن خمسة عشر وهي مبلغ مسافة النقل من خمس أذرع فإذا قسمت عليها قسطت من الأجرة وهي خمسة عشر درهماً كان أجرة كل ذراع درهماً فإذا حفر ونقل ذراعاً واحدةً استحق درهمين لأن له بالحفر درهماً وبالنقل درهماً ولو حفر ونقل ذراعين استحق خمسة دراهم لأن له بحفر

ذراعين درهمين وبنقل ذراعين ثلاثة لأن الأول ذراعٌ، والثانية ذراعان ولو حفر ونقل ثلاث أذرع استحق تسعةً لأن له بحفر الأذرع الثلاث ثلاثة وله بالنقل من ثلاث أذرع مسافة ست أذرع ستة دراهم [١٧٥/ب] وعلى هذا القياس والله أعلم.

فرع آخر

لو استأجره لضرب اللبن جاز وتكون المنفعة معلومةً لأحد أمرين على ما ذكرنا، وإذا كان بالعمل لا بد من تعيين مكان الضرب والموضع الذي يستقى منه الماء والتراب الذي يضرب منه فإذا كان في المصر قالب معروف معتاد عمل عليه لأنه كمكيال الطعام، وإن لم يكن قالب معروف فلا بد من ضبط الطول والعرض والسمك فإذا ذكر السمك والدود أجزاه لأنه يشمل على الطول والعرض ويذكر كل ألفٍ بكذا، وقال القاضي الطبري: لو شاهد القالب جاز قال أصحابنا: في هذا نظر لأن فيه ضرباً من الغور وهو كتعليق السلم بمكيال بعينه.

فرع آخر

تجوز الإجارة على بناء الدار نص عليه في كتاب الإجارة في رواية البويطي، فإن كانت معلومةً بالعمل لا بد من مشاهدة المكان ويعرف العرض والطول والارتفاع وآلة البناء من طين وجصٍ أو لبن أو آجر أو حجر وإن قدر بالزمان جاز.

فرع آخر

تجوز الإجارة على تطبيق السطوح والحيطان وتجصيصها ولا يصير هذا معلوماً بالعمل ولكن تذكر المدة لأن العمل يختلف اختلافاً لا يأتي عليه وصفٌ ولا يعرف عادةً فيكون في بعضه أثخن وفي بعضه أرق.

فرع آخر

يجوز أيضاً على طبخ الآجر وطحن الطعام ونسج الثياب وقصارتها وصبغها وخياطتها وعلى التجارة وغير ذلك من الصناعات إذا وقع العقد على عملٍ موصوفٍ معلومٍ على ما بيناه.

فرع آخر

لو استأجره لرعي الغنم لا يصح إلا مدةً معلومةً لأن المنفعة ها هنا لا تكون معلومة إلا بالعمل ثم لا يخلو إما أن يطلق أو يعين الغنم فإن أطلق وقال لرعي الغنم شهراً انطلق إلى رعي العدد الذي يرعاه الواحد في العادة من مائة رأس فما دونها وفوقها فإذا سلم للرعي ما جرى به العرف لم يكن للمكتري [١٧٦/أ] أن يزيد على ذلك فإن أراد أن يستبدل بغيرها كان له وإن ذبح بعضها كان له أن يستخلف غيرها للرعي فإن بقي منها بقية ولو واحدة فرعاها بقية المدة كان له الأجرة وإن توالدت سخالاً حفظ سخالها على ما جرت به العادة، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز الإطلاق حتى يذكر العدد لأنه يختلف وليس فيه عرفٌ واحدٌ وهذا أصح عندي، وإن كانت الغنم معينةً تعلق العقد

بأعيانها ولم يكن للمكتري أن يعطيه غيرها ليرعاها ولا له أن يزيد فيها فإن مات شيء منها بطلت الإجارة فيما مات منها وله أجرة ما بقي بالحصة وقيل: القياس أنه يجوز إبدالها كما قال الشافعي: إذا استأجر دابةً ليركبها له أن يركب غيره لأن الغنم غير معقودٌ عليها بل يستوفى بها منفعة الراعي ولهذا لو سلم لنفسه وجبت الأجرة وإن لم يرع فإن توالدت سخالاً لم يكن عليه حفظها ولا رعيها لأن العقد تعلق بأعيانها فلا تزاد.

فرع آخر

لو استأجر اليهودي عبداً مسلماً أو حراً، فإن كان على عملٍ مضمون في ذمته جاز كما أن علياً رضي الله عنه أجر نفسه من امرأةٍ يهوديةٍ ليستسقى لها الماء كل دلوٍ بتمرة، وإن كان على خدمةٍ تتعلق برقبته فيه قولان فإذا قلنا: تجوز يجبر على نقلها من نفسه إلى مسلم وإلا فسخها الحاكم عليه وهو كما لو اشترى عبداً مسلماً.

فرع آخر

لو استأجر المسلم أجيراً فوجده يهودياً، فإن كان ما يمنع منه حكماً كالحج لا يجوز فإن حج لم يكن له أجرة، وإن كان يمنع حظراً ككتبة المصاحف فإنه ممنوعٌ من مسها لا يجوز فإن كتبه قبل أن يعلم بحاله له أجرة مثله دون المسمى، وإن كان عمل الصناعات التي ليس فيها طاعةً مقصودة لا خيار للمستأجر ويصح، وإن كان من الأعمال التي فيها طاعة مقصودة كبناء المسجد ونحر الأضاحي، فإن كانت الإجارة معينةً فللمستأجر الخيار لأن قيام المسلم به [١٧٦/ب] أعظم ثواباً، وإن كانت في الذمة قيل: للأجير إن استنبت فيها مسلماً قلا خيار للمستأجر وإن توليتها بنفسك فللمستأجر الخيار.

فرع آخر

لو استأجر كحالاً لم يجز حتى يكون المعقود عليه معلوماً وإنما يصير معلوماً بالمدة دون العمل، فإن كانت المدة شهراً نظر، فإن كان الكحل من عند المستأجر صحت الإجارة ولو شرط أن يكون الكحل من جهة المكري لا يجوز، وفيه وجه آخر يجوز لأن العادة جرت به ويشق على العليل تحصيل الدواء فجوّز الرضاع ذكره القاضي الطبري.

فرع آخر

لو برأت العين مع انقضاء المدة استقرت الأجرة وإن لم تبرأ عند انقضاء المدة استقرت أيضاً وإن برأت قبل انقضاء المدة بطلت الإجارة فيما بقي من المدة وكان له من الأجرة بقدر ما مضى من المدة وحكى أصحابنا عن مالك أنه قال: إذا لم تبرأ لم تجب الأجرة وهذا غلط لأن العمل الذي عقد عليه الإجارة قد وجد وإن لم يحصل الغرض فوجبت الأجرة.

فرع آخر

لو اشترى منه الكحل واستأجره للعمل في عقدٍ واحدٍ من غير شرطٍ فهو بيع وإجارة فيه قولان، وحكي عن مالك أنه يجوز وقال: أيضاً لو استأجره ليبني له حائطاً والآجر من عنده يجوز كما لو استأجره لصبغ ثوبٍ والصبغ من عنده وهذا غلط لأن الإجارة عقدٌ على منفعة وشرط العين فيه شرط عقد البيع فيصير في معنى بيعتين في بيع ولا يشبه مسألة الصبغ لأنه بيع العين والعمل فيه تسليم الصبغ لأنه مقدر به.

فرع آخر

يجوز استئجار المرأة للحضانة والرضاع لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك لأنه قد يكون الإنسان ولد فتموت أمه فيحتاج إلى مرضعةٍ ولا يجد من يتطوع به.

فرع آخر

لا يجوز إلا بأربع شروط أحدها أن تكون الأجرة معلومة في سائر الإجارات فإن استأجرها بطعمة بطنها وهي نفقتها وكسوتها [١٧٧/أ] لا يجوز وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: ذلك في الطير خاصةً استحساناً، وقال مالك وأحمد: يجوز في كل أجير أن يستأجر بنفقته وكسوته ويكون له ما يكون لمثله من الوسط واحتجوا بأن عوض المنفعة يقوم العرف فيه مقام التسمية كمنفعة الزوجة وهذا غلط لأن هذا عوض في عقد فلا يجوز أن يكون مجهولاً كالثمن في البيع والدليل على أبي حنيفة أن ما لا يجوز أن يكون أجرة في غير الرضاع لا يجوز أن يكون أجرة في الرضاع كالدراهم المجهولة، **والثاني**: لا بد أن يكون الطفل معلوماً وإنما يكون معلوماً بالمشاهدة لأن الرضاع يختلف به وذكر في «الحاوي»[1] أنه لا بد من معرفة سنه مشاهدةً أو خبراً لاختلاف شربه باختلاف سنه، **والثالث**: أن تكون المنفعة معلومة وإنما تصير معلومة بالمدة لا غير فيستأجرها شهراً أو شهرين أو أكثر ولا يمكن تقدير ذلك بالعمل، **والرابع**: يشترط موضع الرضاع في بيتها أو بيت والده لأنه يختلف الغرض بذلك ولو أطلق ذلك ولم يشترط كان باطلاً لأن المرأة تقول: أرضعه في بيتي فإنه أخف عليّ وأتمكن من الاشتغال بأمور منزلي والرجل يقول: أرضعيه في بيتي حتى أشرف على ذلك.

فرع آخر

لو استأجرها على أن يعطيها كان يومٍ رطلين من الخبز لا يجوز لأن الخبز لا يثبت في الذمة ويجوز بالحب في الذمة.

---

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٤٢٣).

فرع آخر

ليس على المرضعة أن تأتي إلى الطفل بل يجب حمله إليها.

فرع آخر

لولي الطفل أن يمنعها من أكل ما يضر بلبنها، فإن كان الطفل لا يستمري لبنها لعلَّةٍ في اللبن كان عيباً تفسخ به الإجارة.

فرع آخر

لو أجرت نفسها ثم تبين أنها ذات زوج له الفسخ فإن أجاز لا يمنع الزوج من وطئها.

فرع آخر

لو أجرت نفسها بإذن الزوج لم يكن له منعها بعد ذلك ولا يشغلها عن الرضاع إلا في الوقت الذي يستغني الصبي عن الرضاع فيه أو يكون نائماً [١٧٧/ب] ثم للزوج وطؤها وليس لها أن تمنعه نفسها ولا لأهل الصبي أن يمنعوا زوجها من ذلك مخافة الحبل وذهاب اللبن به، وقال بعض أصحابنا بخراسان: يمنع من وطئها لأنه يؤدي إلى قطع اللبن كما يمنع الراهن من وطء المرهونة وهذا أقيس وبه قال مالك والأول ظاهر المذهب.

فرع آخر

لو أجرت نفسها ولم يكن لها زوج ثم تزوجت صح النكاح ولا تبطل الإجارة وليس للزوج مقال حتى تنقضي مدة الإجارة لأنه ملكها وهي مسلوبة المنفعة ولا يمنع من وطئها على ما ذكرنا لأن الوطء مستحق بالنكاح فلا يسقط لأمرٍ مشكوكٍ فيه.

فرع آخر

لو أجرت نفسها ثم ذكرت أنها ذات زوج لم يقبل قولها في حق المكتري ولو نكحت مطلقاً ثم ذكرت بأنها كانت أجرت نفسها للرضاع لم يقبل قولها في حق الزوج.

فرع آخر

لو كانت المرأة ذات زوج فأجرت نفسها لإرضاع مولود من غير إذن الزوج فالإجارة باطلة، وقال أبو حامد في «الجامع»: وقد قيل: للزوج إبطال الإجارة وهذا يدل على أنه موقوف على فسخ الزوج ويصح المذهب الأول لأن الزوج يملك الاستمتاع بها كل وقت فلا يجوز التوقيت عليه وقيل: فيه وجهان **أحدهما**: ما ذكرنا، **والثاني**: يصح لأن العقد تناول محلاً غير المحل الذي تناوله عقد النكاح لأنه لا يملك خدمتها ولا إرضاعها وعلى هذا للزوج الخيار في فسخه لأنه يفوت به الاستمتاع في بعض الأوقات.

فرع آخر

إذا كان للمرأة ولد من زوجها لم يكن عليها أن ترضعه وإنما مؤونته على أبيه وإن أرادت إرضاعه كان له منعها لأنه يمنع استمتاعه وإن أراد أن يستأجرها للإرضاع لا يجوز، وقال أحمد: يجوز لأن كل عقد يجوز أن يعقد مع غير الزوج فكذلك مع الزوج كالبيع وهذا غلط لأنه يستحق حبسها وأخذت منه عوضاً في مقابلة الاستمتاع وعوضاً آخر في مقابلة التمكين فلا يلزمه عوض الحر ولو بانت منه جاز له [١٧٨/أ] أن يستأجرها لإرضاع ولده ولو تبرعت بالإرضاع لم يكن له منعها لأنه أحظ لولدها من غير ضرر يلحقه.

فرع آخر

لو سقت المرضعة الطفل من لبن غيرها وكانت معيبة لا أجرة لها، وقال أهل العراق: لها الأجرة وهذا غلط لأنها لم تأت ما هو المستحق بالعقد عليها.

فرع آخر

الأجرة تجب حيث تجب النفقة، فإن كان للطفل مال فالأجرة منه، وإن لم يكن له مال فعلى أبويه على ما يقتضيه الإنفاق عليه فإن تطوع الأب ببدل الأجرة وللطفل مال فقد أحسن.

فرع آخر

اختلف أصحابنا فيما يتناول العقد على وجهين **أحدهما**: العقد واقع على اللبن والحضانة والخدمة تابعة بدليل أن الإنسان إنما يقصد باستئجار المرضعة لبنها، **والثاني**: وهو المذهب العقد واقع على الحضانة والخدمة واللبن تابع لأن عقد الإجارة على العين على أن تكون المنافع تابعة لا يجوز والعقد على المنفعة والعين تابعة يجوز مثل أن يستأجر داراً يدخل ماء البئر في الإجارة تابعاً فإذا جاز الاستئجار ها هنا ثبت أن العين تابعة.

فرع آخر

قالوا: استأجرها للرضاع والحضانة معاً يلزمها الأمران معاً ولو استأجرها للرضاع دون الحضانة أو للحضانة دون الرضاع لزم ما ذكراه ولو استأجرها للرضاع مطلقاً هل تلزم الحضانة والخدمة وهي الحفظ والتربية والتدهين والتكحيل وغسله وتنويمه وشده وغسل خرقه وجهان **أحدهما**: لا يلزمها غير الرضاع، **والثاني**: يلزمها الأمران لأنه العرف وأصل الوجهين ما الذي تناول العقد فإن قلنا: تناول اللبن والحضانة تابعة تجبر عليها وإن قلنا بالوجه الآخر لا تجبر عليها واعلم أن الشافعي قال في «المختصر» في أول الباب: وقد تختلف الرضاع فلما لم يوجد فيه إلا هذا جازت الإجارة أي: إذا صارت جملة العمل معلومة فلا معتبر بالتفصيل إذ لا يوقف على ما يشرب الصبي من اللبن وعلى عدد الرضعات وهذا يدل على أن [١٧٨/ب] العقد يتناول الحضانة لا اللبن.

فرع آخر

لو استأجرها للحضانة، قال بعض أصحابنا بخراسان: لا يلزم الإرضاع وجهاً واحداً، وقال بعضهم: يلزم الإرضاع وجهاً واحداً والصحيح عندي أن هذا على وجهين أيضاً بناءً على ما ذكرنا من الوجهين أن اللبن تابعٌ أو متبوع.

فرع آخر

لو مات من الجماعة واحدٌ نظر، فإن مات المكتري وهو الأب أو غيره فالإجارة بحالها وإن ماتت المكترأة وهي الظئر بطلت الإجارة فيما بقي من المدة وفيما مضى طريقان على ما ذكرنا، وكذلك لو جف ثديها وإن مات الطفل فيه قولان المنصوص في الخلع وفي النفقات في «الأم» أنه يبطل العقد لأن المنفعة المعقود عليها فاتت لأن الولد الذي يرضع تعذر إرضاعه وغيره لا يقوم مقامه لأن شرب اللبن يختلف بالصبيان والمرأة قد تدر على ولدٍ ولا تدر على آخر فبطلت الإجارة وفيه قول مخرج لا تبطل الإجارة لأن المنفعة المعقود عليها باقية وإنما مات المستوفي فلا تبطل الإجارة كموت الراكب وهذا ضعيف فإذا قلنا بالمذهب فالحكم فيه كما لو ماتت الظئر وإذا قلنا: لا يبطل فالمكتري بالخيار بين أن يقيم غيره مقامه أو يدع فإن أقام غيره مقامه فلا كلام وإن لم يفعل أو اختلفا كان له فسخ العقد فإذا فسخ كان الحكم كما لو انفسخ وقد ذكرنا وإن مرضت الظئر نقص لبنها فلأهله فسخ الإجارة فإذا فسخ فالحكم كما لو انفسخ.

فرع آخر

للسيد أن يؤاجر الأمة القن أو المدبرة والمعتقة بصفةٍ وأم ولده للإرضاع وكذلك المأذون لها في التجارة نفسها للإرضاع بغير إذن سيدها لم يجز وله أن يجبر أمته وأم ولده على إرضاع ولده منها أو من غيرها.

فرع آخر

للمكاتبة أن تؤاجر نفسها للرضاع لأنه نوع من الاكتساب وكسبها لها وليس لسيدها الحكم عليها في ذلك.

فرع آخر

لو استأجر ملقحاً يلقح النخيل يجوز بشرط أن يكون [١٧٩/أ] الكش وهو طلع الفحل من عند المكتري فإن شرط على الأجير ذلك بطل.

فرع آخر

لو استأجر رجلاً ليشتري له ثوباً بعينه أو يبيعه صحت الإجارة لأن كل ما جاز العقد عليه إن كان مقدراً بزمانٍ جاز العقد عليه إذا كان معلوماً في نفسه كركوب الدابة، وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك لأن ذلك يتعذر عليه فأشبه ضراب الفحل وهذا غلط لما ذكرنا، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز في الشراء ويجوز في البيع، والفرق أن البيع

في العادة ممكن لأنه لا يعدم راغباً فيه والشراء لا يكون إلا من واحدٍ وقد لا يمنع فلا يمكن تحصيل العمل ظاهراً ولو استأجره ليشتري له شيئاً وصفه ولم يعينه جاز بلا خلاف.

فرع آخر

لو استأجر رجلاً ليخيط له ثوباً بعينه في يومه بدرهم قد ذكرنا أنه لا يجوز قال القاضي الطبري: هكذا قال أصحابنا ورأيت في «البويطي» بخلاف ذلك كما لو اكترى بناءً أو نجاراً أو خياطاً أو رجلاً يعمل بيديه فوقع الكراء على عمل بدنه بعينه في مال صاحب المال فلا تجوز الإجارة على أن يعمل له بعد الإجارة بيوم ولا يجوز له إلا أن يشترط عليه أن يعمل له ساعة استأجره أو تكون الإجارة على خياطة هذا الثوب أو بناء هذه الدار ولا يسمى متى يعمله فتجوز الإجارة وعليه أن يبدأ في عملة ساعة تمت الإجارة فإن شرط له عليه أن يأخذ في عمله وسمي الفراغ إلى أجلٍ يمكن أن يعمل مثله فذلك أفضل وإن لم يسم الأجل فهو جائز ويعمل له طاقته حتى يفرغ منه وهذا نص بيّن على أن ذكر الأجل فيه أفضل إذا كان الأصل مما يمكن العمل فيه وأنهما إذا تركا الأجل كان جائزاً وهذا حسن وهو صحيح عندي.

فرع آخر

لو استأجره على أن يخيط له قميصاً وشرط أنه إن خاطه رومياً وهو مثل خياطة الصوف درزين درزين فله درهمان وإن خاطه فارسياً فله درهم لم يصح عقد الإجارة [١٧٩/ب] كما لو قال استأجرتك لتحمل لي هذه الرزمة إلى دكان فلان بدرهم أو تخيط لي هذا القميص بدرهمين لا يجوز، وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وهذا غلط لما ذكرنا .

فرع آخر

إذا استأجر دابةً شهراً ليقضي عليها الحقوق ويشيّع الموتى لا يجوز.

فرع آخر

لو استأجر شيئاً أول النهار ليرده بالعشي لم يجز لأنه لا يعرف، وفيه وجه آخر أنه يجوز ويرده بعد الزوال.

فرع آخر

إذا حط الحمولة بالبلد المكترى إليه ثم قال: غلطت منزلي فاحملها إليه ليس له ذلك.

فرع آخر

إذا أدخل المستأجر إلى الدار ما له إدخاله من بعير أو بقر فانكسر طابق الدار لا يضمن.

فرع آخر

إذا استأجر داراً ليسكنها وحده فتزوج قال أبو ثورٍ: لا تسكنها معه وهو القياس ذكره الصيمري.

فرع آخر

لو أبق العبد من يد الغاصب فاستأجر الغاصب المالك لطلبه بالأجرة فيه وجهان.

فرع آخر

إذا استأجر لخياطة ثوب فقال: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم فالعقد فاسد، وإذا خاطه فله أجر مثله وبه قال مالك وزفر، وقال أبو حنيفة: الشرط الأول جائز، **والثاني**: فاسد، إن خاطه في اليوم الأول استحق درهماً، وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجرة مثله لا ينقص فيها عن نصف درهم ولا يزاد على درهم، قال أبو يوسف ومحمد: الشرطان جائزان وهذا غلط لأنه عقد واحد فإذا اختلف فيه العوض بالتأخير والتقديم كان فاسداً كما لو قال: أجرتك هذا بدرهمٍ نسيئةً أو بنصف درهمٍ نقداً.

فرع آخر

ولو اكترى مصحفاً ليقرأ فيه القرآن، أو دفتراً ليقرأ فيه الفقه أو اللغة أو الشعر مدةً معلومةً يصح عقد الإجارة عليها، وقال أبو حنيفة: لا يجوز لأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه، ولا تجوز الإجارة على مثله كالنظر إلى التصاوير وهذا غلط لأن هذه منفعةٌ مباحة [١٨٠/أ] مقصودة فجاز عقد الإجارة عليها وليس كالنظر إلى التصاوير لأنه ليس بمقصود، فإن كان شيئاً مقصوداً مباحاً جاز أن يؤاجر من الناظر إليها مثل الكتابة وصور الأشجار ذكره أصحابنا.

فرع آخر

تجوز إجارة الثياب للبس والبسط والفرش والستر وغير ذلك مما يفرش أو يلبس أو ينصب أو يتغطى به أو ينام فيه وعليه نص عليه.

فرع آخر

لو اكترى قميصاً يوماً إلى الليل ليلبسه فاتَّزر به كان ضامناً، ولو تردى به فجعل كمَّيه على كتفيه فيه وجهان **أحدهما**: لا يضمن لأن التردي أقل ضرراً من اللبس، **والثاني**: يضمن لأن العادة لم تجر بالتردي بالقميص فلم يتناوله العقد ذكره القاضي أبو حامد.

فرع آخر

قال: لو أن امرأةً اكترت درعاً ثلاثة أيام لتلبسها لم يكن لها أن تنام فيها ليلاً، ولها أن تنام فيها نهاراً لأن العادة جرت بالنوم في الثياب بالنهار دون الليل، وقيل: إن نامت أكثر النهار فيها ضمنت لأنها خلاف العادة ويجوز أن تلبسها بالليل إلى وقت المبيت للعادة.

فرع آخر

قال: ولو استأجرت ثوباً يوماً مثل يوم عيد ونحوه بكراءٍ معلومٍ فلم تخرج كانت الأجرة لازمة لها فإن ضاع منها الثوب الذي اكترته فلم تجده حتى تقضي اليوم فلا أجرة عليها إذا علم ضياع الثوب، فإن ادعت أن الثوب ضاع ولم تجده إلى وقت انقضاء الإجارة لم تقبل منها إلا بالبينة ولم يكن لها أن تلبسه بعد تقضي اليوم، وإذا وجدته فإن لبسته بعدما وجدته كانت ضامنةً وعليها كراء مثله.

فرع آخر

قال الشافعي: وتجوز إجارة الحلي والجواهر وسائر ما تلبسه النساء ذهباً كان أو فضة أو لؤلؤاً منظوماً أو خرزاً، والحكم في ذلك كالحكم في سائر ما تستأجره، فإن كان الحلي ذهباً فاكتراها بذهبٍ أو فضةٍ جاز لأنه لا ربا بين الذهب ومنافع الذهب، وفيه وجه آخر لا تجوز [١٨٠/ب] بجنسها ولو غصب حلياً يجوز أن يضمن منفعتها بجنسه أيضاً.

فرع آخر

قال: ويجوز إجارة القدور والطسوس والأباريق وسائر الأعيان القائمة التي ينتفع بها مع بقائها إذا كانت معلومةً، واشترطت منفعةً معلومةً في مدةٍ معروفةٍ، وكذلك لا بأس بإجارة الرماح والقسي ولا تجوز إجارة النشاب.

فرع آخر

لو استأجر دراهم أو دنانير مدةً معلومةً فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز وهو المشهور من المذهب لأن المقصود منها الانتفاع بها بإتلاف عينها، **والثاني**: يجوز لأن الانتفاع المباح يمكن بها مع بقاء عينها وهو أن يضعها الصيرفي بين يديه يتجمل بها أو يعبر بها السنجة والأوزان وهذا اختيار القاضي الطبري، وقال أبو حامد: الصحيح الأول لأنه لا خلاف أنه لا يضمن منافعه بالغصب وما ذكره من التجمل يبطل بالطعام لا يجوز إجارته ويحصل به التجمل أيضاً.

فرع آخر

لو استأجر رجلاً ليحمل له خمراً إلى داره، أو استأجر جملاً ليحملها فالإجارة فاسدة وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: يجوز لأن الفعل لا يتعين عليه، ولو حمل مثلها خلاً جاز وهذا غلط لأنه استئجار لأمرٍ محرم فأشبه الاستئجار على الزنا.

فرع آخر

لو استأجر لينقلها للإراقة يجوز لأنه غير محرمٍ بل هو واجب.

فرع آخر

لو استأجر داراً ليبيع فيها خمراً كانت الإجارة فاسدة، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك من الذمي.

فرع آخر

إذا استأجر بيتاً ليتخذه بيت نار أو كنيسة لا يجوز وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: لا بأس أن يؤاجر بيتاً في السواد ممن يتخذه بيت نارٍ أو كنيسة، ومن أصحابنا من قال: أراد أبو حنيفة إذا علم المؤجر أنه يفعل ذلك ولم يشترطه فيرتفع الخلاف على هذا وهذا غلط [١٨١/أ] لما ذكرنا.

فرع آخر

لو استأجر داراً أو بيتاً ليتخذه مسجداً يصلي فيه جاز وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: لا يجوز وهذا غلط لأنه فعل جائز فجاز الاستئجار له كالخياطة.

فرع آخر

يجوز أن يستأجر من يقتص له في النفس والطرف وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة: لا تجوز الإجارة على قصاص النفس لأن عدد الضربات وموضع القطع مجهول وهذا غلط لأنه يجوز التوكيل في استيفائه فجاز عقد الإجارة عليه كقصاص الطرف، وأما ما ذكروا يبطل بخياطة الثوب فإن الغرزات مجهولة ويجوز ذلك.

فرع آخر

أجرة السياف على المقتص من طرفه كأجرة الكيال على من عليه لأنه لإيفاء الحق، وقال أبو حنيفة: تجب الأجرة على المقتص له .

فرع آخر

ذكرنا أن أجرة الناقد على المستوفي لأنه استوفى حقه في الظاهر ويريد بالانتقاد رده عليه إن ظهر عيبٌ، وإذا اشترى ثمرةً فأجرة الجداد على المشتري وفي إجارة الكلب ذكرنا وجهين والأصح جوازها عندي لأن منفعة الكلب لا تتصف بالنجاسة والطهارة والعقد يقع عليها، وقيل: الأعيان ضربان حيوان، وغير حيوان وغير الحيوان ضربان **أحدهما**: ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فتجوز إجارته، **والثاني**: ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالشمع والمطعومات فلا تجوز إجارته والحيوان على ضربين آدمي وغير آدمي، والآدمي تجوز إجارته فيؤاجر نفسه وولده ومماليكه من العبيد والإماء، وأما غير الآدمي فضربان مملوك وغيره فالمملوك على ثلاثة أضربٍ ضربٌ ينتفع بظهره فقط كالبغال والحمير تجوز إجارتها، وضربٌ ينتفع بدرها دون ظهرها كالأغنام لا تجوز إجارتها لأن منافعها أعيان اللهم إلا أن يستأجرها لتدوس [١٨١/ب] الزرع أو الطين فتجوز، وضرب ينتفع بدره ونسله وظهره كالإبل والبقر فإن استأجرها لغير الأعيان جاز، وإن كان الانتفاع بالأعيان لا يجوز وتفصيل هذا يرجع إلى ما تقدم ذكره.

فرع آخر

لو استأجر شجراً للاستظلال بها أو ليعلق به حبلاً يبسط عليه الثياب أو ليربط مواشي إليها وليبسط الثياب عليها قال أصحابنا: يجوز، وقال في «الحاوي»: إن كان هذا مقصوداً من منافعها غالباً يصح، وإن كان نادراً غير مقصود في العرف فيه وجهان كاستئجار الطعام لتعيير المكيال أو الدراهم للجمال وهذا خلاف ما ذكر أبو حامد في الطعام، ولو استأجر حبلاً ليعلق عليه الثياب جاز وجهاً واحداً لأن هذا منفعة مقصودة فيه.

فرع آخر

لو قال: استأجرتك هذا اليوم بعينه لتبيع لي كذا وكذا أشياءً بأعيانها قال ابن القفال في «التهذيب»: يحتمل أن يجوز ذلك لأن الأغلب إمكانه فإن تعذر البيع فيه كان له الأجر المسمى لأنه شغله عن منافع نفسه وبذل له العوض ويحتمل أن يقال: لا أجرة له لأن العمل لم يحصل، وقال القاضي الطبري: هذا يصح على ما نص عليه في «البويطي» أن العمل إذا كان معلوماً جاز تقديره بمدة وكان أفضل من السكوت عنه.

فرع آخر

قال في «الدعوى والبينات»: لو استأجره لنقل جيفة إلى المزبلة وجعل أجرة نقلها جلدها لم يجز لأنه نجس العين فلا يجوز أن تجعل أجرةً ولأنه مجهول لأنه لم يسلخ، ولو استأجره لسلخ شاةٍ مذبوحةٍ على أن جلدها له لم يجز لأنه مجهول، ولو سلخ جلد الميتة ثم استأجر من يحملها بجلدها لم يجز لأنه جلد ميتةٍ، ولو كان مذبوحاً والجلد مسلوخ فاستأجر لنقلها بجلدها جاز حينئذ لأنه طاهر معلوم، ولو رافعه إلى الحاكم، فإن كان قبل أن يعمل العمل فلا شيء له، وإن كان عمل له أجر المثل لأنه عمل بشرط عوضٍ لم يسلم له، وإن كان الأجير سلخ الجلد رده إليه لأنه [١٨٢/أ] وإن كان ميتةً تقرّ يده عليه وله استصلاحه.

فرع آخر

لو استأجر دابةً من آمل إلى جرجان بدراهم مطلقة كانت الدراهم من نقد آمل، وقال أبو حنيفة: يلزمه من نقد جرجان وهذا غلط لأن الاعتبار بموضع العقد دون غيره.

فرع آخر

لو استأجر لضرب اللبن ليس عليه غير الضرب، وقال أبو حنيفة: عليه إقامة اللبن حتى تجف وهذا غلط لأنه لم يصرح به في عقد الإجارة فلا يلزمه.

فرع آخر

لو استأجره لحفر قبرٍ ليس عليه رد التراب إلى القبر بعد وضع الميت فيه، وقال أبو حنيفة: يلزمه ذلك.

فرع آخر

لو استأجره لشيّ اللبن فليس عليه إلا الشيّ وليس عليه إخراج الآجر من الأتون خلافاً لأبي حنيفة.

فرع آخر

لو استأجر دابة من بغداد إلى البصرة فإذا بلغ عمران البصرة له استرداد الدابة ووضع الأحمال، وقال أبو حنيفة: عليه أن يأتي بالحمل إلى دار المكتري، وقال: لو نزل في موضعٍ من البلد ثم قال: أخطأت منزلي في غيره لم يكن له أن يركبها إلى منزله وهذا غلطٌ، لأنه لو كان ذلك حقاً له لو لم ينزل لكان حقاً له وإن نزل، وقال في «الحاوي»: ولو كان البلد الذي ركب إليه صغيراً تتقارب أقطاره له أن يسير عليها إلى منزله كما لو نزل في طريقه منزلاً جاز أن ينزل حيث شاء من أول المنزل وآخره.

فرع آخر

لو دفع إلى حائك غزلاً على أن ينسجه عشرة أذرع في عرض أربعةٍ فجاء به دون ذرعه أو عرضه استحق حصته من المسمى، وإن جاء به أطول لم يستحق الزيادة، وقال محمد: إن جاء به أطول أو أقصر كان صاحب الثوب بالخيار بين أن يطالبه بمثل غزله ويدفع إليه الثوب، وبين أن يدفع إليه حسابه من الأجرة لأنه لم يحصل غرضه فصار كأنه أتلفه عليه وهذا غلط لأنه استأجره ليعمل له عملاً فعمل بعضه فيستحق بقدره من الأجرة كما لو استأجره ليضرب [١٨٢/ب] له ألف آجر فضرب بعضه.

فرع آخر

لو دفع ثوبه إلى غسَّال فقال له: اغسله حتى أحاسبك أو أقاطعك أو آتي بكلامٍ يدل على الأجرة كان للغسال أجر مثله إذا غسل، ولو ألقى إليه الثوب وقال: اغسلْ هذا ولم يقل شيئاً آخر فغسله لم تكن له الأجرة ذكره أبو حامد في «الجامع» نصاً، وكذلك لو قال للجمال: احملني على بعيرك، أو قال للحمال: احمل هذا الطعام إلى منزلي، أو قال للخياط: خط ثوبي هذا فحمل أو خاط لا أجرة له، والغسال ومن ليس بغسالٍ والحمال ومن ليس بحمالٍ في ذلك سواء قال: وقد قيل فيه وجه آخر أنه إن كان معروفاً بالعملِ بالأجرة تلزمه الأجرة، وإن لم يكن معروفاً بذلك لا تلزمه الأجرة لأنه إذا كان معروفاً بذلك فالظاهر يدل على العوض وبه أفتي، وذكر المزني في «الجامع الكبير» أنه يستحق الأجرة لأنه أتلف منفعته بأمره، وقال أبو إسحاق: لو بدأ الغسال فقال: أغسل ثوبك فأعطني فأعطاه لا يستحق الأجرة، ولو بدأ صاحب الثوب فقال: اغسل ثوبي يستحق الأجرة لأنه إذا دفع إليه فهو المتلف لمنافعه وإذا أخذ هو رضي بإتلاف منافع نفسه وهذا كله غير صحيح والمذهب الأول وهو اختيار ابن سريج والإصطخري وعامة أصحابنا ووجهه أن المنافع أضعف حالاً من الأعيان، ثم لو أتلف على غيره عيناً من أعيان ماله بإذنه لا يلزمه العوض وهو إذا قال للخباز: أطعمني هذا الخبز فأطعمه ولم

يذكر ما يدل على العوض فلأن لا يلزمه عوض المنافع ها هنا أولى ولأنه لو قال: أسكني دارك شهراً فأسكنه لا يستحق الأجرة بالإجماع وما ذكروه يبطل بالأعيان وهكذا الخلاف لو دفع إلى صباغ ثوباً ليصبغه أو أمره بالبناء أو التجارة ولم يذكر الأجرة.

فرع آخر

إذا قلنا: لا أجرة له عند الإطلاق فادعى الأجرة فالقول قول رب الثوب، كما لو قدم إلى رجل طعاماً فقال: كل فلما أكل قال: إنما أذنت لك في الأكل [١٨٣/أ] بعوض فالقول قول الآكل، فإن قيل: أليس لو دفع إلى رجل عيناً وسكت فقال المدفوع إليه: وهبتها مني وأنكر الدافع كان القول قول الدافع ويلزمه ضمان العين إن لم يردها فقالوا في المنافع إذا لم تؤخذ منه الهبة يضمنها قلنا: الفرق أن دفع العين لا يتضمن إتلافها وقصارة الثوب تتضمن إتلاف العمل فيه فلهذا لم يضمنها.

فرع آخر

قال: وكراء الحمامات جائز، ولا يجوز حتى ينظر إلى الأشياء المقصودة التي تختلف المنافع باختلافها وهي سبعة أشياء البيوت والقدر والأتون ومطرح الرماد ومبسط الزبل والقماش والحطب والبئر والجئة وجمعها جئات وهي موضع مستنقع ماء الحمام فإن أخذ برؤية شيء منها كانت الإجارة فاسدة كما نقول في البيع: لا بد من مشاهدة هذه المواضع وهذا لأن الأغراض تختلف بكبر هذه المواضع وصغرها وسعتها وضيقها.

فرع آخر

كل ما كان للتمكين من الانتفاع فعلى المُكري كالقير والجص والجامات والحوض والصاروج والأبواب والمفاتيح. وكل ما كان لاستيفاء المنافع كالدلو والحبل والبكرة والقصاع التي في الحمام والوقود فعلى المكتري، وأما التحسين والتزيين لا يجب على واحدٍ منهما كما نقول في الدار سواء فإن شاء المكتري فعل، وإن شاء ترك.

فرع آخر

تنقية الآبار والجئة على المكتري إلا أن تكون الآبار والجئة مملوءة حين اكترى فيكون ذلك على المكري لأنه من جملة التمكين من الانتفاع، وقال أبو حنيفة: القياس هذا ولكن الاستحسان أن يكون على المكري لأنها عادة الناس ذلك وهذا غلط لأنه حصل بفعل المكتري فكان تنظيفه عليه كما لو طرح فيها قماشاً، قال أبو حامد: وقد قال الشافعي في المساقاة: تنقية الأنهار وإصلاح طريق الماء على العامل فكذلك ها هنا يلزم على المكتري قال: ولا خلاف [١٨٣/ب] بين أصحابنا أنه إذا اكترى داراً فتنقية البالوعة والحش على المكتري كذلك هذا، ومن أصحابنا من قال: كسح البئر والجئة في الحمام على المكتري أبداً ذكره أبو حامد في «الجامع» وهو المذهب لأن التمكين من الانتفاع به لا يكون إلا به وفي المساقاة تنقية الأنهار على رب النخل أيضاً وإنما تنقية الآبار التي على حوالي النخل على العامل ولا يشبه الحش في الدار لأن

معظم انتفاع الدار لا يكون به بخلاف الحمام، وقال بعض أصحابنا بخراسان: في الدار والحمام وجهان **أحدهما**: على رب الدار والحمام لأنه من تمام التمكين وبه أفتي، **والثاني**: أنه على المكتري.

فرع آخر

إذا انقضت مدة الإجارة لا يجب على المكتري تنظيف البالوعة حتى يردها كما تسلمها ويلزمه نقل الكناسة والتراب الذي ألقاه هو، وهكذا في الحمام لا يجب عليه تنظيف مستنقع الماء عند الرد.

فرع آخر

لو شرط على المستأجر عمارته أو مرمته أو تطيين سطوحه أو تنقية بئره كانت الإجارة فاسدة، ولو أنفق يلزم المكري عوضه لأنه أنفقه على ملكه بإذنه بشرط العوض، ولو اختلفا في قدره قال القاضي الطبري: القول قول المنفق لأنه أمينه على ذلك، ومن أصحابنا من قال: لا يجعل القول قوله لأنه لم يأتمنه وإنما شرط أن تكون النفقة عليه وذلك لا يقتضي الأمانة.

فرع آخر

قال في كتاب «الدعوى والبينات»: لو أكراه داراً سنةً بعشرين ديناراً على أن ما يحتاج إلى عمارتها أنفق المكتري من الأجرة وأقاما على العقد حتى مضت المدة فعلى المكتري أجر المثل والقول قوله فيما أنفق مع يمينه ما لم تبلغ النفقة عشرين ديناراً، فإن تلف عشرين فعليه ضمان ما لم يأذن له فيه وهو ما تمت به العشرون لأنه ما أذن له به وعلى هذا لو عقد إجارة صحيحة من غير شرطٍ ثم أذن له في الإنفاق ليحتسب له بذلك من الأجرة ثم اختلفا في القدر [١٨٤/أ] القول قوله في القدر لأنه إذا جعله الشافعي أميناً في الإجارة الفاسدة فلأن يجعل أميناً في الإجارة الصحيحة أولى، وقال بعض أصحابنا بخرسان فيه قول آخر القول قول المالك لأن الأصل براءة الذمة.

فرع آخر

لو اشترط في عقد الإجارة دراهم يأخذها منه عند العقد سلفاً لتكون محبوسة عليه إلى آخر مدة الإجارة كانت فاسدة، وهكذا لو اشترط على المستأجر تسويده بالقير أو تبييضه بالنورة كانت فاسدة.

فرع آخر

لو انهدم الحمام انفسخت الإجارة وليس له أن يقول: أعيده كما كان لأنه يكون حماماً آخر.

فرع آخر

لو اشترط رب الحمام على المستأجر أن لا يكون لدخوله الأجرة ولا لدخول غلمانه كانت الإجارة فاسدة.

فرع آخر

لو تعطل واحتاج إلى العمارة شهراً ونحو ذلك لا يصح أن يشترط العطلة على المالك ولا على المكتري، فإن فعل ذلك فسدت الإجارة للجهل بمدة العطلة، وإن كان العقد مطلقاً كان كالعيب يحدث فيه فالمكتري بالخيار بين أن يقيم على العقد بكل الأجرة، أو يفسخ لأن المنفعة لم تتعذر جملةً بل نقصت.

فرع آخر

لو استأجر حماماً فقل دخول الناس فيه، فإن كان لأمرٍ يعود إلى المؤجر من شعثه فعلى المؤجر إصلاحه فإن بادر إلى عمارته فلا خيار للمستأجر، وإن لم يبادر إلى عمارته فله الخيار، وإن كان لأمرٍ يعود إلى المستأجر من قلة الحطب ونحوه فلا خيار له، وإن كان لأمرٍ لا ينسب إلى واحدٍ منهما، فإن كان لمانعٍ منه بفتنة حادثة أو لخراب الناحية فهذا عيبٌ للمستأجر الخيار، وإن كانت فتنة يسيرةً جرت بها العادة لا خيار، وإن كان لرغبة عنه بحدوث ما هو أعمر منه لا يكون عيباً ولا خيار للمستأجر.

فرع آخر

لو نزل رجل في سفينة ملاح بغير إذنه فحمله فيها إلى بلدٍ له أجر مثله لأن الراكب صار مستهلكاً لمنفعة موضعه من السفينة على مالكها، ولو نزل فيها بإذنه [١٨٤/ب] من غير ذكر الأجرة فهو كمسألة القصار وهكذا لو دخل حماماً بالإذن من غير دليل الأجرة، وهكذا لو أخذ من سقاءٍ ماءً، فإن كان من غير طلب منه فعليه ثمنه، وإن كان بالطلب فعلى الاختلاف.

فرع آخر

قال الشافعي: ولا يجوز أن يكون أجيراً على شيء وهو شريك فيه مثل أن يقول: اطحن هذه الحنطة لي ولك ربعها والمعنى الواضح في إبطاله أن الدقيق الذي يحصل من حنطةٍ بعينها بعد طحنها مجهول فكأنه استأجره على أن أجرته ربع دقيق مجهول وذلك لا يجوز، وكذلك لو قال: على أن النخالة لك لا يجوز، وكذلك لا يجوز أن يقول: انسج لي من هذا الغزل ثوباً على أن لك ربعه شائعاً لا يجوز.

فرع آخر

لو استأجره للخدمة مطلقاً قال الشافعي: لا يجوز حتى يبين الجهة أنه خياطة أو ماذا، وقيل: يجوز ويدخل فيه غسل الثوب والخياطة والخبز وتعليف الدواب وحمل الماء للشرب والطهارة وخدمة الزوجة وحلب المواشي، وقيل: تعليف الدواب وحلبها وخدمة الزوجة لا تدخل إلا بالشرط وهو اختيار شيوخنا بنيسابور.

فرع آخر

لو استأجر طحاناً لطحن تسعة أقفزة بالقفيز العاشر منها جاز لأنه حصل تسعة أعشاره معقوداً عليه وعشرة معقوداً به.

فرع آخر

قال في «البويطي»: ومن اكترى ظهراً في بلدٍ يحمل له طعاماً فذهب فوجد الطعام قد ضاع فالكراء لازم له ويكريها من شاء على مثل حمولته، فإن لم يفعل حتى ذهب الوقت الذي لو حمله فيه يرجع إلى بلده لزمه كل الكراء لأنه قابض لها.

فرع آخر

قال: ولو تكارى ظهراً ووجهها إلى بلدٍ تحمل له طعاماً وليس معها وكيله فلم يجد الطعام فعلى صاحب الظهر أن يأتي الوالي فيخبره حتى يطلب له الكراء، فإن لم يصب السلطان فرجع [١٨٥/أ] فليس له في الرجوع شيء وله حصة الذهاب فارغة.

فرع آخر

قال ابن القاص: قال الشافعي: ولا يجوز أن يشتري لبناً على أن يسلمه إليه مطبوخاً قال ابن القاص: وهكذا لا يجوز أن يدفع خفاً إلى إسكافٍ على أن ينعله بدرهم والنعل من عند الإسكاف إلا أن يقدر لثمن النعل وللأجرة شيئاً فيجعله عقدين، وهكذا نعل الدواب وهكذا لو دفع جبةً إلى ندافٍ بأجرة معلومة والقطن من عنده قال ابن القاص: وفيه قول آخر إن ذلك جائز وذلك أن الشافعي قال: ولو كاتب عبده على أن يبني له بيتاً والعمارة من عند العبد كان جائزاً إذا سمى الطوب والأحجار ومنتهى البنيان، قال أبو عبد الله الختن في «الشرح»: في جميع هذه المسائل مع مسألة الكتابة قولان **أحدهما**: لا يجوز لأنه في معنى ما نهى النبي ﷺ عنه من بيعتين في بيعةٍ ولأن قسط كل واحدٍ من العقدين من العوض مجهول فلا يجوز، **والثاني**: يجوز لأن جملة العوض معلومة كما يجوز شراء الأعيان المختلفة بثمن واحد، وإن لم يعلم قسط كل عين من الثمن قال ابن القاص: إلا في الرضاع فإنه يجوز الجمع فيه بين اللبن والكفالة قولاً واحداً، وكذلك نص الشافعي أنه يجوز أن يدفع ثوباً إلى صباغٍ ليصبغه بصبغه، قال ابن القاص: ويجوز أن يدفع المصحف إلى الوراق ليكتبه بحبره قلته تخريجاً، وذلك إنما جاز للحاجة إليه لأن إفراد اللبن بالعقد لا يجوز لأنه مجهول فجوّز على طريقة التبع لغيره، وكذلك مقدار الصبغ الذي يحتاج إليه والحبر الذي يكتب به مجهول المقدار فجرى فيه العفو والمسامحة.

فرع آخر

إذا استأجر بعيراً عقبةً جاز نص عليه في «الأم» وذلك أن يركب زماناً ويمشي زماناً بقدره وإنما كان كذلك لأنه يجوز أن يكتري البهيمة ليركبها جميع المسافة فجاز أن يكريها ليركبها بعضها [١٨٥/ب] ولأنه يكون بمنزلة ما اكترى نصف البهيمة وذلك جائز، فإذا ثبت هذا فإنه يركب ويمشي على حسب العادة، فإن كانت العادة تقدير ذلك بالزمان كأنه يركب ليلاً ويمشي نهاراً عمل على ذلك، وإن كانت العادة تقديره بالمسافة كأنه يركب فرسخاً ويمشي فرسخاً عمل على ذلك فإن طلب أن يركب ثلاثة أيام ويمشي

ثلاثة أيام قال الشافعي: لم يكن له ذلك لأن ذلك يضر بالبعير لاتصال الركوب عليه، وكذلك إن طلبه صاحبه للبعير لم يكن له ذلك لأن ذلك يضر بالراكب لاتصال الركوب عليه، وكذلك المشي عليه وأما زمان العلف وزمان النزول للاستراحة لا يحسب من ذاك لأن هذا ليس بزمان الركوب، وإن طالبا أن يركب يوماً وليلةً وينزل يوماً وليلة أجيب إلى ذلك، ولو اكترى داراً للسكنى هكذا يجوز أن يسكن ثلاثة أيامٍ ويفرغ ثلاثة أيام لأن العقار لا يستضر به، ولو اكترى اثنان بعيراً ليتعاقبا عليه يجوز أيضاً.

وقال المزني: لا يجوز لأن الذي يركب بعد الأول لا يتصل انتفاعه بالعقد وهذا يبطل عقد الإجارة وهذا غلط لأنهما إذا اكتريا ملكا جميعاً منافع الركوب بينهما، ألا ترى أنهما لو اكتريا البعير من واحدٍ جميعاً صح فثبت أنهما ملكا المنافع على وجه الإشاعة إلا أنه لا يمكنهما أن يستوفيا جميعاً فيتقدم أحدهما: على الآخر وذلك لا يقدح في العقد، ألا ترى أنهما لو اشتريا طعاماً من صبرةٍ فإن أحدهما: يقبض قبل الآخر ولا يكون ذلك تأخير التسليم، فإذا ثبت هذا فإن اتفقا على أن يبدأ أحدهما: ركب، وإن اختلفا أقرعنا بينهما لتساوي حقهما، وقال ابن القاص: يجوز اكتراء الحمولة للركوب معينة ومضمونة في الذمة إلا للعقب فإنه لا يجوز إلا مضمونة في الذمة وقد ذكره المزني في «الجامع الكبير» تخريجاً على قياس المذهب وهذا اختيار القاضي الطبري لأنه إن اكتراه [١٨٦/أ] رجلان لم يمكن تسليمه إلا إلى أحدهما وتسليمه إلى الآخر غير ممكن فلا يصح، وإن اكتراه واحدٌ عقبة شرط قطع التسليم في معقود عليه معين وذلك لا يجوز وهذا المعنى موجود أيضاً في اكتراء الاثنين فلم يجز إلا مضموناً في الذمة وهذا ظاهر صحيح عندي، وقال القفال: يجوز إذا لم يكن الجمل معيناً ويمكن أن يكتري معيناً أيضاً بأن يكترياها معاً من صاحبها من غير شرط العقب ثم يُهايئانها بينهما فيركبها هذا يوماً وهذا يوماً وهذا عندي إذا أمكن أن يركبا معاً، فإن لم يكن هكذا لا يجوز كراءهما للركوب معاً.

فرع آخر

لو دفع رجلٌ إلى سقاء قطعةً وأخذ الكوز وشرب منه الماء فوقع الكوز من يده وانكسر يلزمه الضمان لأنه لا يلزمه تسليم الماء في كوز نفسه، فإذا أعطاه قائماً فإنما هو بمنزلة العارية يكون مضموناً عليه هكذا ذكره القاضي الطبري ويحتمل عندي وجهاً آخر أنه لا يضمن لأن القطعة إنما تجب بدفع عوضاً عن الماء ومنفعة تلك الآنية أيضاً، ولكن إن كان وقوع الكوز بتفريطٍ من جهته مثل دسمٍ كان في يده أو ضعفٍ في استمساكه ضمن، وإن كان بصدم إنسانٍ أو بعارضٍ عرضٍ من هدمٍ أو غلبة ريح أو علة اعترضت لا يضمن والله أعلم.

فرع آخر

قال المزني في «المنثور»: لو اشترى رجلٌ زيتاً من صاحب الحانوت ودفع المشتري

إلى البائع الإناء ليصب فيه فوقع الإناء من يد البائع ساهياً غير متعمد لا ضمان عليه لأنه أباح له الصب فيه فهو بمنزلة وكيله قال: ولو وضعه إلى جانبه فنام فسقط عليه فانكسر ضمن لأنه أتلفه بسقوطه عليه، وعندي لو كان سقوطه بتفريطٍ منه على ما ذكرت يضمن أيضاً.

فرع آخر

قال ابن الحداد: لو اكترى منه دواب على أن تحمل له خمسة أعبد من بلد إلى بلد فمات اثنان منهم وحمل الثلاثة الباقين فليس له إلا ثلاثة أخماس الكراء.

فرع آخر

قال: ولو أن رجلاً آجر أرضاً له من رجلٍ على أن يبني المستأجر فيها بناءً معلوماً فبنى ثم حبسها يعني وقفها كان الحبس جائزاً، وقيل للباني: اقلعه إلى حيث شئت وسلم الأرض [١٨٦/ب] لأن الأرض صارت غير مملوكة لا يجوز بيعها وإنما يجعل له قيمة البناء إذا كانت الأرض مما يجوز بيعها وعندي قبل مضي مدة الإجارة لا يطالب بالقلع وبعد انقضاء المدة إن شرط عليه قلعه يلزمه القلع، وإن لم يكن شرط عليه القلع يدفع المتولي قيمة العمارة إن رأى فيه الحظ لأن الوقف ورد بعد استحقاق البناء فيها.

فرع آخر

يجوز استئجار الرجل ولده للخدمة خلافاً لأبي حنيفة ووافقنا أنه يجوز لغير الخدمة.

فرع آخر

لو كان بينهما حنطة مشتركة فاستأجر **أحدهما**: صاحبه ليطحنها جاز خلافاً لأبي حنيفة ووافقنا على أنه لو استأجر جوالقاً ليجعل فيها حنطة مشتركة جاز.

فرع آخر

لو استأجر إلى مكة بعيراً لم يكن له أن يحج عليه إذا وصل إليها، ولو استأجره ليحج عليه كان له أن يركبه إلى منى ثم إلى عرفة ثم يركبه من عرفة إلى مزدلفة ثم إلى منى ثم إلى مكة لطواف الإفاضة، وهل له أن يركبه من مكة عائداً إلى منى ليبيت بها ويرمي أم لا؟ فيه وجهان **أحدهما**: له ذلك لأنه من بقايا الحج، **والثاني**: ليس له ذلك لإحلاله من الحج.

فرع آخر

لو تعادل رجلان على بعيرٍ استأجراه فارتدف معهما ثالث ركب بغير أمرهما لزمه أجرة المثل لمالكه ولزمه ضمان البعير إن تلف وفيه ثلاثة أوجه **أحدها**: النصف اعتباراً بجنس الإباحة والحظر، **والثاني**: الثلث اعتباراً بأعدادهم دون وزنهم وبه قال أبو حنيفة لأن الرجال لا يوزنون. **والثالث**: يقدر ثقله من ثقل الثلاثة تقسيطاً على وزنهم؛ لأن الرجال لا يوزنون فيما لا يعتبر فيه الثقل والخفة والحمل مما يعتبر ذلك لتقسيط الأجرة عليه لجاز أن يوزنوا وإن كانوا رجالاً.

فرع آخر

لو كان الراكبان أذنا للرديف أن يركب معهما ضمنوا جميعاً البعير إن تلف ورب البعير بالخيار في الرجوع على أيهم شاء فإن رجع على الرديف رجع بما ذكرنا من الأوجه، وإن رجع على أحد الراكبين، فإن كان البعير مع [١٨٧/أ] الجمال ففي قدر ما يضمنه ثلاثة أوجه كالرديف ويرجع بها الغارم على الرديف بعد غرمها، وإن كان البعير معهما دون الجمال ضمنا جميع قيمتها ولم يرجع الغارم منهما على الرديف بعد غرمها إلا بقدر ما كان يلزم الرديف منها على الأوجه الثلاثة.

باب تضمين الأُجراء

مسألة[١]: قال: «الأجراءُ كلهم سواءٌ».

الفصل

وهذا كما قال: الأجير هو المستأجر للعمل على مال الغير كالصانع والصائغ والحائك والقصار والخياط والنجار والخباز والراعي والرائض والمؤدب يسلم إليه العبيد، فإذا استؤجر واحد منهم لشيء مما ذكرنا لم يخل من أحد أمرين إما أن تكون يد المكتري على ملكه أو لا تكون له عليه يد، فإن كانت يده على ملكه وهو أن يكون صاحبه معه فيعمله بحضرته أو حمل الصانع إلى بيته ليعمل فيه أو استأجره ليرعى ماشيته في ملكه ولا يخرجها منه فلا ضمان عليه قولاً واحداً لأن الشيء في يد صاحبه نص عليه في «الإملاء» قال ابن سريج: وهذا في الحقيقة استعانة به فإن تعدى في شيء منها يلزمه الضمان بالتعدي والجناية، وإن لم تكن يد مالكه عليه وهو العادة فسلم إليه ملكه حتى تثبت يده عليه هل يلزمه ضمانه؟ قولان:

أحدهما: لا ضمان عليه وهو اختيار المزني وبه قال عطاء وطاوس وزفر وأحمد وإسحاق لأنه قبض الشيء لمنفعة نفسه ومنفعة مالكه فلا يضمن إلا بالتعدي كالعامل في القراض وكالمرتهن.

والثاني: يلزمه الضمان وقبضه قبض ضمانٍ وبه قال مالك وابن أبي ليلى، وروي عن عمر وعليّ رضي الله عنهما قال الشافعي[٢]: كان عليّ رضي الله عنه يضمن الأجراء ويقول: لا يصلح الناس إلا هذا ووجهه أنه قبض الشيء لمنفعته من غير استحقاق فيضمنه بالقبض كالمستعير.

ومن أصحابنا من قال قولاً واحداً لا ضمان عليه إلا بالتعدي لأن الربيع قال: كان اعتقاد الشافعي أنه لا ضمان عليهم ولكنه كان لا يبوح به مخافة أجراء [١٨٧/ب] السوء وكذلك كان عنده أن الحاكم يحكم بعلمه ولكنه كان لا يبوح به مخافة قضاة السوء أو مخافة فساد القضاة والقول الآخر حكاية مذهب الغير وقصد به تزييف قول من

(١) انظر الأم (٣/ ٨٥).

(٢) انظر الأم (٤/ ٣٧).

يفصل بين أن يتلف بعمله الذي لم يتعدّ فيه أو دون عمله.

وروى الحارث أن الشافعي[١] سلم بمصر ثياباً مرتفعةً إلى قصارٍ فاحترق دكان القصار واحترقت الثياب فتشفع القصار إليه بقومٍ في الصبر عليه إلى أجلٍ فقال: لا أضمنه شيئاً لأنه لم يصح عندي أن الصنَّاع يلزمهمُ الضمان هذا إذا كان الأجير مشتركاً وهو يعمل له ولغيره يكون مشتركاً بين الناس كلهم. فأما الأجير المنفرد وهو إذا استأجر رجلاً شهراً ليعمل له عملاً فمنفعته في هذه المدة صارت مستحقة لهذا المستأجر وليس له أن يعمل فيها لغيره، قال في «الإفصاح»: فيه قولان أيضاً ولا فرق بين الأجير المشترك والمنفرد، لأن الشافعي قال: والأجراء كلهم سواء.

ومن أصحابنا من قال: لا ضمان على الأجير المنفرد قولاً واحداً وهذا اختيار ابن أبي أحمد لأن منفعته صارت مملوكة للمستأجر، فإذا سلم ثوبه إليه فهو في الحكم في يده وقبضه وكان بمنزلة ما لو حمل الصانع إلى بيته والطريقة الأولى أصح، وقال في «الحاوي»[٢]: الخياط الذي يعمل في دكان نفسه لرجلٍ واحدٍ ولا يعمل لغيره ومستأجره غائب عنه قال أبو إسحاق: وهو مذهب البصريين هو في حكم الأجير المنفرد لاختصاصه بمستأجر واحد.

وقال ابن أبي هريرة: وهو مذهب البغداديين هو في حكم الأجير المشترك لاختصاصه باليد والتصرف دون المستأجر وقيل: صورة المشترك أن يستأجره ليعمل له شيئاً، وقال له: اعمل فيه في أي موضعٍ شئت فجعله شريكاً في الرأي والتدبير. والمنفرد أن يقول له: اعمل في هذا الموضع ولا تعمل في غيره، والصحيح في صورة المشترك والمنفرد ما ذكرنا أولاً، وقال أبو يوسف ومحمد: إن تلف بأمر ظاهرٍ كالحريق [١٨٨/أ] والنهب لا ضمان، وإن تلف بغير ذلك ضمن.

وقال أبو حنيفة: إن تلف بفعله ضمن وإن دقَّ دقّ مثله ولم يتعدَّ إذا كان مشتركاً، وإن كان منفرداً لا يضمن وإن تلف بغير فعله لا ضمان أصلاً وهذا غلط لأن الضمان بالخرق عند الدق، وإن كان بالتعدي فلا فرق فيه بين المنفرد وغيره، وإن لم يكن بالتعدي فيجب أن يضمنا أيضاً، وإن كان بالتلف من غير التعدي فعلهما وعندنا إذا لم يبالغ في غسل الثوب ودقّه مبالغة تؤدي إلى حرقه أو خرقه لا يضمن.

واحتج المزني على اختياره بثلاثة أشياء.

أحدها: قال: قطع الشافعي بأن لا ضمان على الحجام يأمره الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يبيطر دابته.

والثاني: قال: وما علمت أحداً ضمن الراعي المنفرد بالرعي.

والثالث: قال: قال الشافعي: لو اكترى رجلاً ليحفظ متاعه في دكانه فاحترق المتاع لا ضمان عليه. قال: فإذا ألقوا عن هؤلاء الضمان لزمهم إلقاؤه عن الصناع يعني بذلك

---

(١) أخرجه الشافعي في «الأم» (٤/ ٤٠).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٤٢٥).

أن الضمان إذا كان ساقطاً عن الأجير المشاهد والأجير المنفرد فكذلك يجب أن يكون الضمان ساقطاً عن الأجير المشترك قال أصحابنا: لا فرق بين هذه المسائل وبين ما ذكرناه من مسألة القولين، وإنما قال الشافعي: لا ضمان على هؤلاء لأن الغالب أن الغلام يُختن في يد صاحبه وبيته ويحجم هكذا، وكذلك البيطار يبيطر في بيته أو في يده وصاحبها يكون معها فأما إذا أخذ الغلام أو الدابة وانفرد بهما فالمسألة على قولين أيضاً، وأما الأجير الذي في حانوته يحفظ متاعه فهو في ملكه والمتاع في يد صاحبه، وأما الراعي إن كان يرعى لا في ملكه فقولان أيضاً فلا ينتفع المزني بما أورده، وإن كان الصحيح ما اختار من القولين ثم قال الشافعي: ما أعلم أني سألت أحداً منهم ففرق بينهما وهذا يوهم أن الفقهاء لم يفصلوا بين المنفرد والمشترك وليس كذلك فإن أهل العراق يفصلون بين هذين الأجيرين وإنما أراد الشافعي بذلك فرق المعنى لا فرق المذهب أي: ما سألت أحداً منهم عن الفرق بين الأجير [١٨٨/ب] المنفرد، وبين الأجير المشترك إلا عجز عن الفرق.

فرع

إذا قلنا بالقول الضعيف كيف يضمن؟ وجهان **أحدهما**: يضمن أكثر التركات ما كانت قيمته من حين قبض إلى حين أن تلف كالمغصوب وهذا اختيار أبي حامد، **والثاني**: يضمن قيمته يوم التلف ولا يضمن الزيادة الحادثة في يده لأن الشيء كان في يده بإذن صاحبه ولم يكن مأموراً برده عليه في كل حالٍ قال القاضي الطبري: ويجب أن يكون ضمانه ضمان المأخوذ سوماً إذا تلف عنده على هذا الوجه. وأما نقصان الجزء من يوم قبض مضمون عليه بلا إشكال.

فرع آخر

الأجرة هل تلزم للأجير؟ ينظر فإن تلف الشيء قبل العمل لا أجرة له، وإن كان بعد الفراغ من العمل نظر، فإن كان الشيء في يد صاحبه استحق الأجرة لأن العمل صار مقبوضاً لصاحبه وكل ما عمل جزءاً من العمل استقر أجرته اللهم إلا أن يبتدئ بالتلف أول ما يعمل فلا يستحق، وإن كان في يد الأجير فلا أجرة له لأنه لم يسلم العمل، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قصره القصار ثم تلف عنده فإن قلنا: القصارة عينٌ لا أجرة له لأن العين تلفت قبل التسليم، وإن قلنا: أثر فله الأجرة وفي هذا نظر.

فرع آخر

إذا عمل الأجير ما استؤجر عليه هل له حبس المال عن مالكه لاستيفاء الأجرة؟ قال أبو يعقوب الأبيوردي: إن لم يكن له أثر قائم فيه لم يكن له حبسه عن مالكه قولاً واحداً، وإن كان له عين مال فيه كالصبغ ونحوه له حبسه لأخذ الأجرة إذا جعلنا للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وإن كان له فيه أثر كالقصارة والخياطة والتصبيغ بصبغ المالك فيه قولان مخرجان بناءً على أن هذه تجري مجرى الأعيان والآثار، وفيه قولان

ذكرناهما في التفليس فكل موضع قلنا له الحبس فحبس ثم تلف بغير جناية أحدٍ سقطت أجرته كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل التسليم، واختار الكشميهني أنه ليس لهم الحبس.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: [١٨٩/أ] لو قصر الثوب ثم جاء متلف فأتلفه في يد القصار فالمالك بالخيار إن شاء رجع على المتلف بقيمة الثوب مقصوراً ثم يؤدي أجرة القصار، وإن شاء رجع على المتلف بقيمة الثوب غير مقصور والقصار يطالب المتلف أيضاً بأجرته، كما لو أتلف المبيع في يد البائع فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ العقد وتبع البائع المتلف بالقيمة، وإن شاء أجاز البيع وأدى الثمن وطالب المتلف بالقيمة، ولو أتلف القصار الثوب بعدما قصر فقولان كالقولين في جناية البائع أنها كآفةٍ سماويةٍ أو كجناية الأجنبي، فإن قلنا: إنها كالآفة السماوية لا أجرة للقصار سواء جعلنا القصارة أثراً أو عيناً، وإن جعلناها كجناية الأجنبي فالمالك بالخيار بين أن يغرّم القصار قيمة الثوب مقصوراً أو يغرم له الأجرة أو يغرمه قيمة الثوب غير مقصور ولا أجرة له وهذا كله على ما ذكرنا أن القصارة تصير مسلَّمةً من صاحب الثوب وهذا لا يصح لأن القصارة، وإن كانت أثراً لا بد من أن تصل إلى يد صاحبه وفيه الأثر حتى تتقرر الأجرة ويستقر حكم العمل فلا وجه لهذا القول والله أعلم.

فرع آخر

لو سلّم مملوكاً أو حراً إلى رجلٍ ليعلمه الحرفة بأجرةٍ فمات قال صاحب «التلخيص»: لا ضمان عليه قلته تخريجاً، وقال أبو عبد الله الختن في شرح «التلخيص»: أما الحر فلا يضمنه لأن اليد لا تثبت على الحر، وأما العبد فإن أخذ وغاب معه فالقياس فيه أنه على قولين كما ذكرنا في الأجير ويحتمل أنه أراد به إذا كان يعمله في بيت صاحبه أو حانوته.

فرع آخر

إذا استأجر رجلاً ليحمل له طعاماً على ظهرٍ أو في سفينة فحمله فتلف في الطريق، فإن كان صاحبه معه فلا ضمان على الأجير إلاّ أن يتعدى فيه فإن تعثر فهلك لا ضمان وله الأجرة ذكره الصيمري، وإن لم يكن صاحبه معه نظر، فإن تعدى فيه ضمنه، وإن لم يتعدّ فيه فعلى قولين.

فرع آخر

لو استأجر الملاّح مداداً له السفينة فهلكت في يده فإن نسب إلى تعدٍّ أو تفريطٍ ضمن وإن لم ينسب، فإن كان الملاّح حاضراً لم يضمن، [١٨٩/ب] وإن كان غائباً فعلى اختلاف أصحابنا يكون منفرداً أو مشتركاً.

فرع آخر

الحمَّامي إذا تلفت ثياب الناس عنده هل يضمن أم لا؟ اختلف أصحابنا فيما يأخذه من العوض هل هو ثمن الماء أو أجرة الحفظ والدخول **أحدهما**: أنه ثمن الماء ويكون متطوعاً بحفظ الثياب ومعيراً للسطل، فعلى هذا لا يضمن الثياب إن تلفت وله غرم السطل إن هلك، **والثاني**: أنه أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب فعلى هذا لا غرم في السطل إن هلك ويكون في ضمان الثياب كالأجير المشترك.

فرع آخر

لو تلف المتاع في يد الوكيل بجعلٍ، فإن كان منفرداً لم يضمنه، وإن كان مشتركاً فيه قولان.

فرع آخر

لو وكل في شراء متاع بجعلٍ يكون أجيراً في الشراء مأذوناً له في قبض المبيع فإن تلف عنده المبيع لم يضمنه، وإن تلف الثمن فيه قولان.

مسألة[1]: قال: «وإن استأجر من يخبز له خبزاً معلوماً في تنّور أو فرنٍ».

الفصل

وهذا كما قال: الفرن التنور الكبير الواسع الذي يخبز فيه الكعك وهو الفراني وذلك أنه يُسجَّر حتى يحمى فإذا حمي واشتد حماه أخذت النار والجمر والرماد من تحته ونظف أسفله ثم طرح في أسفله عجين حتى ينضج بحمى التنور ويحمرّ، فإذا استأجره ليخبز له فاحترق نظر، فإن كان معه صاحبه فلا ضمان إلا بالتعدي، وإن لم يكن معه صاحبه، فإن كان قد تعدى فيه ضمن، وإن لم يكن تعدى فيه قولان على ما ذكرنا في الأجير المشترك، ووصف الشافعي صفة التعدي فقال: هو أن يلزقه في حال استيقاد التنور وشدة حموه أو يلزقه بعد سكون وهجه واعتدال التنور ولكنه تركه في التنور بعد نضجه حتى احترق فعليه الضمان، قال الشافعي: وإن كان حاضراً فعمل الأجير عملاً فقال: هذا تعدي فيه، وقال الأجير: بل هو صلاح له رجع فيه إلى أهل البصر به فإن قال عدلان: إنه ليس تعدٍّ [١٩٠/أ] لم يضمن، وإن قالا: هو تعدٍّ ضمن، وإن لم تكن بينة كان القول قول الأجير مع يمينه.

فرع

لو استأجر أجيراً شهراً ليخبز له ألف رطلٍ من الخبز فالإجارة باطلة لأنه لا يجوز أن يجمع بين عملٍ مقدرٍ ومدة محصورة، ولأن الوصف مجهول لأن الرغفان تختلف في القلة والكثرة والصغر والكبر، ولو اقتصر على قوله: ألف رطلٍ خبز ولم يذكر المدة كان باطلاً لهذا المعنى فكيف إذا ذكر المدة؟ وقول الشافعي: ولو استأجر من يخبز له

(١) انظر الأم (٣/٨٦).

خبزاً معلوماً معناه حصر وزنه وعدده وقدره إلى سائر ما يجب حصره على أن يكون عملاً معلوماً في ذمته غير متعلقٍ بمدةٍ معلومة معينة مقدورة ويجوز للأجير حينئذ عقد إجارة ثانية وثالثة مع من شاء هكذا ثم يقسّط أيام العمل على الأعمال بقدرها فيعجل لكل واحدٍ منهم يوماً أو يومين ويقرع بينهم ليرتّب بعضهم على بعضٍ أن يستأجروا ويستوي فيه المتقدم والمتأخر من المستأجرين، كما يستوون في الديون قديمها وحديثها ذكره أبو عبد الله الختن.

مسألة[١]: قال: «وإن اكترى دابةً فضربَهَا أو كبحَهَا باللجَامِ».

الفصل

وهذا كما قال: هذه المسألة ليست من مسائل الأجراء وإنما ذكرها هنا ليبين الفرق بين الأجير إذا تلف الشيء في يده، وبين المستأجر إذا تلف المؤاجر في يده فقال: إن المؤاجر لا يضمن باليد قولاً واحداً وإنما يضمن بالتعدي فإذا اكترى دابةً فضربها أو كبحها باللجام فماتت، فإن كان القدر الذي فعله من الضرب والكبح باللجام مثل ما يفعل في العرف والعادة لم يضمن وبه قال أبو يوسف ومحمد، وإن خرج عن العرف والعادة فيه ضمن لأنه صار متعدياً، وقال أبو حنيفة: يضمن في الحالتين وليس للمستأجر أن يضرب الدابة ما لم يأذن له المالك في ضربها وهذا خطأ لما روي أن النبي ﷺ قال: «اضربوها على العثار ولا تضربوها [١٨٨/أ] على النّفار»[٢] يعني أنها في العثار ساهية فالضرب يوقظها وفي النّفار تزاد بالضرب نفوراً فإن قاسوا على ضرب الزوج زوجته يوجب الضمان إذا أدى إلى التلف قلنا: الفرق أنه يمكن تأديبها بالكلام والتخويف فجوّز الضرب بشرط السلامة، فإذا تلف ضمن وها هنا لا بد من الضرب فلم يضمن.

مسألة[٣]: قال: «فأما الرّواض فإنَّ شأنهم استصلاحُ الدوابِ».

الفصل

وهذا كما قال: الرائض إذا ضربها فتلفت، فإن كان زاد في ذلك على ما جرت به عادة الرّواض كان ضامناً لها سواء كانت في يده أو في يد صاحبها، وإن كان ضربها ضرباً جرت العادة من الرّواض به، فإن كانت في يد صاحبها لا ضمان، وإن كان منفرداً بها فعلى القولين، والشافعي لم يبيّن أن هذا من مسائل القولين وأصحابنا ذكروا ما قلنا، واعلم أن تسيير الرائض الدابة وضربه إياها أكثر في العادة من تسيير الراكب المستأجر وضربه لأن المستأجر لا يضربها إلا عند الحاجة وهو إذا وقفت أو عثرت والرائض يضربها في حال السير لأنه يقصد به التقويم والرياضة فيجب الرجوع في

(١) انظر الأم (٣/ ٨٧).
(٢) أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٤/ ١٦٤٢)، والذهبي في «الميزان» (٤١٣٤).
(٣) انظر الأم (٣/ ٨٧).

ضرب الرائض وحمله عليها بالسير إلى أهل البصر بالرياضة على ما بيناه.

مسألة[(١)]: قال: «والراعي إذا فعلَ ما للرعاةِ أنْ يفعلوهُ ممَا فيه صلاحٌ لم يضمن، فإن فعل خلاف ذلك ضمن وهذا أيضاً على أحد القولين على ما ذكرنا ثم قال المزني: وهذا يقضي لأحد قوليه بطرح الضمان كما وصفتُ يقال له: هذا جواب على أحد القولين فكيف نحتج به ولا حجة فيه؟.

مسألة[(٢)]: قال: «ولو اكترى لحملِ مكيلةٍ وما زاد فبحسابه».

الفصل

وهذا كما قال: اختلف أصحابنا في تأويله فمنهم من قال: معناه إذا قال: احمل لي هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بكذا وكذا وما زاد من طعام آخر فبحسابه [١٩١/أ] صحت الإجارة في الصبرة، ولم تصح في الزيادة لأن الزيادة غير مشاهدة ولا موصوفة وهكذا في البيع لو قال: بعتك هذه الصبرة وهي عشرة أقفزة بكذا وكذا وما زاد بحسابه صح البيع في الصبرة ولم يصح في الزيادة، ومنهم من قال: تأويله أنه قال: إن زادت هذه الصبرة على عشرة أقفزة فبحسابه يصح في العشرة لأنها متيقنة ولا يصح في الزيادة لأن وجودها غير متيقن فلم يصح تعليق العقد عليه فعلى هذا إن كانت الزيادة متيقنة يجوز هكذا ذكره أبو حامد.

ومن أصحابنا من قال: لا تصح في الزيادة، وإن كانت متيقنة لأنها غير مقدرة بمقدار معلوم ولا مشاهدة لأن الإشارة إليها غير ممكنة، ألا ترى أنه إذا قال: بعتك هذه الصبرة إلا مداً لم يجز لأن ما عدا المد ليس بمشاهد مشار إليه ولا مقدر بمقدار معلوم ذكره القاضي الطبري، فإن قيل: هلاّ قلتم: إن العقد إذا فسد في بعضه فسد في كله لأن العقد إذا فسد في بعضه للجهالة فسد في جميعه كما لو قال: أجرتك هذه الدار كل شهرٍ بكذا لم يصح العقد في الشهر الأول ولا في الأشهر الباقية، أو هلاّ قلتم: يبنى على القولين في تفريق الصفقة لأن العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز قلنا: العقد على المكيلة المعلومة منفصل عن العقد على الزيادة فهما عقدان مختلفان لأن المكيلة قد صح العقد عليها بأجرتها ثم عقد على الزيادة بمثل أجرتها فكان احدهما منفصلاً عن الآخر كما لو قال: بعتك هذه السلعة بألف درهم، وبعتك هذا العبد بمثل ثمنها كانا عقدين وكان له أن يقبل أحدهما ويرد الآخر ولَم يفسد ها هنا أحد العقدين لفساد الآخر.

وقال أبو إسحاق: تأويلها أنه كان له صبرتان حاضرة وغائبة فقال: اكتريتك لتحمل هذه الصبرة كل قفيز بدرهم [١٩١/ب] والغائبة بحساب ذلك صح في الحاضرة وبطل في الغائبة لأنهما عقدان **أحدهما**: على الحاضرة، **والثاني**: على الغائبة، ولو قال:

---

(١) انظر الأم (٣/ ٨٧).

(٢) انظر الأم (٣/ ٨٨).

لنقل هذه والتي في البيت كل قفيز بدرهم بطل في الغائبة وفي الحاضرة حينئذ قولان والتأويل الأول أوضحها وأشبه بكلام الشافعي.

فرع

لو قال: استأجرتك على أن تحمل لي عشرة أقفزة من هذه الصبرة بكذا على أن ما زاد عليها بحسابه كان العقد باطلاً في الجميع لأنهما عقدان جعل **أحدهما**: شرطاً في الآخر، فهو كما لو قال: بعتك هذا بألفٍ على أن أبيعك هذا بمثله.

فرع آخر

لو قال: استأجرتك على أن تحمل هذه الصبرة كل قفيز بكذا جاز كما يجوز البيع، وقال ابن أبي هريرة: يحتمل أن يكون باطلاً في البيع والإجارة والأول هو المذهب، وقال أبو حنيفة: يصح في قفيز واحد، كما لو قال: آجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم يصح في الشهر الأول وهذا غلط لأن الصبرة معلومة الجملة بالمشاهدة والشهور غير معلومة.

فرع آخر

لو قال: تحمل هذه الصبرة بجملتها بعشرة دراهم يصح أيضاً لأن الصبرة معلومة بالمشاهدة والأجرة معلومة.

فرع آخر

لو قال: لتحمل من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فالإجارة فاسدة لأن من تقتضي التبعيض وهو مجهول.

مسألة(١): قال: «ولو حملَ لهُ مكيلةً فوجدتْ زائدةً».

الفصل

وهذا كما قال: لو اكترى دابةً ليحمل عليها عشرة أقفزة طعاماً إلى موضعٍ معلوم فحمل فوجد الطعام هناك زائداً فالكلام في ثلاثة فصول في الأجرة، وفي الضمان إنْ ركب الدابة وفي الطعام ما الذي يصنع به وجملته أنه لا يخلو الذي كال الطعام من ثلاثة أحوالٍ، إما أن يكون المكتري أو المكري [١٩٢/أ] أو الأجنبي، فإن كان المكتري هو الذي اكتاله مثل أن قال له المكري: تول الكيل أنت وحصّله في الغرائر ففعل فوجد زائداً فعلى المكتري المسمى وأجر المثل في الزيادة لأنه استوفى المستحق وزاد، وأما ضمانها إذا تلفت تحت الطعام نظر، فإن لم يكن يد صاحبها عليها فقد ضمنها باليد فلزمه كمال قيمتها، وإن كانت يد صاحبها عليها فالضمان ضمان الجناية وقد تلفت من مستحق وغير مستحق فكم يضمن؟ قولان ذكرهما في «الإملاء» **أحدهما**: نصف قيمة الدابة، **والثاني**: القسط من المكيلة فإن حمل خمسة زيادة يلزم ثلث الضمان.

---

(١) انظر الأم (٣/٨٨).

ومن أصحابنا من قال: يجب القسط قولاً واحداً لأن أثر المكاييل في الدابة لا يتفاوت غالباً بخلاف ما لو زاد على الحد سوطاً لأنه قد يكون لسوطٍ واحدٍ من التأثير ما لا يكون لغيره، وأما الطعام فقد حصّل طعام نفسه هناك يفعل به ما شاء، وإن كان المكري اكتال فقد تعدى بحمل الزيادة فعليه ضمان تلك الزيادة إن تلفت ولا أجرة له فيها ولا ضمان للبهيمة على أحدٍ، وأما الطعام فقد وجده صاحبه في ذلك الموضع الذي حمل إليه فله أخذ طعامه هناك، فإن قال المكري: أنا أرده إلى موضعه لم يكن له ذلك، وإن اختار صاحب الطعام أن يكلفه رده إلى ذلك الموضع يلزمه رده لأنه نقله من غير أمره، وإن رجع صاحب الطعام إلى الموضع الذي حمل منه الطعام فصادف المكري هناك فطالبه ببدل الطعام هناك قال الشافعي في «الأم»[1]: لرب الطعام مطالبته برده إليه، وقيل: له مطالبته ببدل طعامه، ونقل المزني: له مطالبته ببدله وترك أصل قوله.

واختلف أصحابنا فيه على طريقين فمنهم من قال: رب الطعام بالخيار بين مطالبته برده وبين مطالبته ببدله، وكلام الشافعي على هذا يحمل على التخيير فعلى هذا إن كلفه الرد فلا كلام وإن كلفه البدل [١٩٢/ب] وأخذ منه البدل ملك ولم يملك المكري المبدل فإذا رد المكري عين الطعام إلى موضعه انتقص ملك صاحبه عن البدل الذي أخذه، ومن أصحابنا من قال: لرب الطعام مطالبته بالرد وليس له مطالبته بالبدل لأنه غاصب قادر على رد عين الطعام بخلاف الآبق فإن الغاصب لا يقدر على رده، قال هذا القائل: قول الشافعي: قد قيل له مطالبته بالبدل حكاية مذهب الغير، وقال أبو إسحاق: هذا إذا اتفقا على الزيادة فإن اختلفا فيها فالقول قول المكري لأن يده عليها وهذا إذا كانت الزيادة متفاوتة، فإن كانت يسيرة كالمكوك والمكوكين فلا أجرة لذلك ولا ضمان بهيمة لأنه لا يمكن الاحتراز منه كما نقول في بيع الوكيل بما يتغابن الناس بمثله لا يمنع صحة البيع، وإن كان الكيال أجنبياً تراضيا به فعلى الكيال أجرة مثله للمكري والحكم ضمان البهيمة ورد الطعام وأخذ بدله على ما مضى فيكون الأجنبي كالمكري في حق المكتري وكالمكتري في حق المكري وقد بيناه.

فرع

لو اكتال صاحب الطعام ولكن أوقره الجمال فيه وجهان **أحدهما**: التدليس من جهة صاحب الطعام فهو كما لو أوقره بنفسه، **والثاني**: أنه كما لو اكتال الجمَّال بنفسه وأوقره لأن صاحب الجمل هو المفرط وكان يجب أن ينظر ويتأمل ويبحث عنه ولا يدخل فيه إلا على ثقةٍ وعلم به فإذا قصر فيه لم يعذر وهذا مبني على القولين في رجل طرح في طعامه سماً وناوله إنساناً فأكله هل يضمن؟ قولان.

---

(١) انظر الأم (٤/ ٣٤).

فرع آخر

لو اكتال الجمال زائداً فقال رب الطعام في الموضع الحاصل فيه ردها إلى الموضع الذي حملت منه، وقال الجمال: أنا اضمن لك وأرد مثلها في ذلك الموضع فيه وجهان **أحدهما**: قاله أبو إسحاق وابن أبي هريرة القول قول رب الطعام كما في الغاصب، **والثاني**: القول قول الجمال ويأخذ الزيادة مضمونة [١٩٣/أ] ليرد مثلها في الموضع المحمول منه لأن الزيادة لما اتصلت فارقت حكم الغصب. وإن كان المحمول مما لا مثل له كالسويق أو الدقيق لزم الجمَّال رد الزيادة بعينها إلى البصرة في الوجهين جميعاً.

مسألة(١): قال: «ومعلم الكتاب والآدميين مخالف لراعي البهائم».

الفصل

وهذا كما قال: إذا ضرب المعلم صبياً فمات، أو ضرب الزوج زوجته فماتت وكان الضرب بحيث لا يقتل مثله غالباً فالدية تجب على عاقلته في ثلاث سنين قولاً واحداً، وتكون الدية مغلَّظة لأن ذلك شبيه العمل، وإن كان ضرباً يقتل في الغالب يجب القصاص عليهما لأنه قتل عمد ولا فرق بين أن يضرب بإذن والده أو بغير إذنه لأن الضمان فيه لا يسقط بإذن الغير. ولو كان عبداً فضربه بإذن سيده ولم يجاوز القدر المأذون فمات لم يضمن، ولو قال: أدّب عبدي فضربه فمات قال القفال: يضمن لأنه بان لنا أنه كان متعدياً بضربه، وكذلك الإمام إذا ضرب رجلاً في التعزير فمات يضمن قولاً واحداً، وقال أبو حنيفة: لا يضمن وهذا بناء على أن التعزير عنده واجب وعندنا لا يجب.

واحتج الشافعي على أنه لا يجب بأن قال: قد فعل غير شيء في عهد رسول الله ﷺ غير حدٍ يعني ارتكبوا أشياء كثيرة سوى الحدود فلم يضرب فيها رسول الله ﷺ من ذلك الغلول في الغنيمة ومن ذلك الاعتراض على رسول الله ﷺ في قسمة الغنائم حيث قال له قائل: اعدل فإنك لم تعدل، وقال له قائل: اتق الله يا محمد، وغير ذلك، وما أتى رسول الله ﷺ بحدٍ قط إلا استوفاه ولم يعف فلو كان التعزير جارياً مجرى الحد لكانت عادة الرسول ﷺ فيهما واحدة، فإذا تقرر هذا هل يلزم ضمان ذلك على عاقلة الإمام أو في بيت المال؟ قولان **أحدهما**: يلزم على عاقلته لما احتج الشافعي ها هنا أن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأةٍ رسولاً في شيء بلغه عنها ففزعت وكانت حبلى فأسقطت [١٩٣/ب] فاستشار الصحابة فقال له عبد الرحمن بن عوف: إنك مؤدب لا شيء عليك، وقال عليّ: إن كان اجتهد فيه فقد أخطأ، وإن كان لم يجتهد فيه فقد غش عليك الدية فقال عمر رضي الله عنه: عزمت عليك ألا تجلس حتى تقسمها على

---

(١) انظر الأم (٣/ ٨٨).

قومك[١]، وروي تضربها على قومك يعني على بني عدي وهم رهط عمر بن الخطاب وهم قوم عليّ رضي الله عنه لأن قريشاً ضمهم جميعاً والصحيح من تفسير قول عليّ: إن كان اجتهد فقد أخطأ أنه أراد بذلك عبد الرحمن بن عوف، وقيل: أراد بذلك الرسول الذي بعثه عمر إليها وكأنه زاد في رسالته ما لم يقله عمر بن الخطاب وكانت تلك الزيادة سبباً للفزع فقال عليّ: إن كان اجتهد فزاد في الرسالة بالاجتهاد فقد أخطأ وإن زاد بغير اجتهاد فقد غش، والقول الثاني تجب الدية في بيت المال لأن الإمام منصوب لأمور المسلمين، فإذا أخطأ عاد خطأه إلى عامتهم بضمانه ويلزم الكفارة في ماله بكل حال، وفيه وجه آخر يلزم الكفارة في بيت المال إذا قلنا: الدية في بيت المال وقيل: في الكفارة قولان على هذا القول ذكره القاضي الطبري.

وأما الإمام إذا جنى خطأ فيما لا يتصل بالإمامة يلزم الدية على عاقلته قولاً واحداً، فإذا تقرر هذا قال الشافعي: ومعلم الكتاب والآدميين وفائدة هذا الجمع أنه لو ضم صبياً إلى رجل ليعلمه حرفة من الحرف فضربه على تعلمها فمات كان حكمه حكم معلم الكتاب في وجوب الضمان فالحق لحكم تعليم الصنائع بتعليم القرآن، وقال أبو حنيفة: إذا ضرب المعلم الصبي بأمر أبيه إذا مات لم يضمن، ولو ضربه الأب بنفسه فمات يضمن، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يضمن الأب والمعلم يضمن وهذا أولى من قول أبي حنيفة، وإن كان كلاهما فاسدٌ لاتصافهم على أن الزوج يضمن ما حدث عن التأديب كذلك هذا.

مسألة[٢]: قال: «ولو اختلفا في ثوبٍ فقال ربُّ الثوبِ: أمرتك أن تقطعه قميصاً».

الفصل

وهذا [١٩٤/أ] كما قال: إذا اختلف رب الثوب والخياط فقال ربه: أمرتك أن تقطعه قميصاً، وقال الخياط: أمرتني أن أقطعه قباءً، نقل المزني عن الشافعي فيه قولين **أحدهما**: القول قول رب الثوب وبه قال أبو حنيفة، ووجهه أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فإذا أنكر كيفية الإذن كان القول قوله أو لأنه أحدث قطعاً في ملك غيره فكان القول قول المالك فيه، كما لو اختلفا في أصل القطع، **والثاني**: القول قول الخياط وبه قال ابن أبي ليلى ومالك، ووجهه أنهما اتفقا على أنه مأذون له في القطع والأصل أنه لم يتعد وكان القول قوله في صفته، وقال المزني: الصحيح القول الأول.

وقال أبو إسحاق: ذكر الشافعي قول ابن أبي ليلى وأبي حنيفة واختار قول أبي حنيفة وقطع به، واحتج بأن رسول الله ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» وذكر دلائله، وقال القاضي أبو حامد: القول قول رب الثوب في أولى قوليه، وحكى

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٦٧٢). (٢) انظر الأم (٣/ ٨٩).

الماسرجسي عن ابن أبي هريرة أنه قال: القول قول رب الثوب قولاً واحداً، ولم يحك هؤلاء قولاً ثالثاً في المسألة.

وقال في «الإفصاح»: قال الشافعي في موضع آخر: يتحالفان وهذا اصح، وقال القاضي الطبري: ما نقله صاحب «الإفصاح» من «الجامع الكبير» وليس بمذهب الشافعي وإنما ذاك حكايةً عن غيره ولا يصح أيضاً في الاحتجاج ولهذا لم يحك سائر أصحابنا، وقال أبو حامد: نص على قول التحالف في «الإملاء» قال: وفي اختلاف الأجير والمستأجر ردهما إلى أصل السنة أنهما يتحالفان، فإذا تحالفا رد الثوب على صاحبه ولا أجرة للأجير وعليه أرش النقص فالمسألة على قولٍ واحدٍ أنهما يتحالفان وهذا لأنه لما حكى القولين في اختلاف العراقيين قال: وكلاهما مدخول، وكذا حكاه القفال وقيل: صور المسألة في «الإملاء» فيمن دفع ثوباً إلى صبَّاغ فصبغه أسود فقال رب الثوب: أمرتك بالأحمر.

وقال الصبَّاغ: بل أمرتني بالأسود يتحالفان وعلى الصبَّاغ ما نقص ووجهه أن كل واحدٍ [١٩٤/ب] منهما مدع ومدعًى عليه لأن صاحب الثوب يدعي على الخياط الأرش وينكر أن يكون له عليه أجرة، والخياط يدعي الأجرة وينكر الأرش فيتحالفان فحصل في المسألة ثلاث طرق أحدها في المسألة قولان على ما ذكره القاضي الطبري وهو الأظهر، والثانية في المسألة ثلاثة أقوال، والثالثة القول قول رب الثوب قولاً واحداً وهو الأقيس، وقول التحالف لا يصح لأن الاختلاف وقع في الإذن لا في الأجرة والغرم فكان القول قول الآذن، فإذا قلنا: القول قول رب الثوب فإنه يحلف ما أمره بقطعه قباء ولا يحلف لإثبات ما ادعاه من إذنه في القميص.

وقال بعض أصحابنا: ينبغي أن يحلف على النفي والإثبات فيقول: ما أمرته أن يقطعه قباء ولقد أمرته أن يقطعه قميصاً وهذا غير صحيح لأن اليمين على النفي والإثبات بالجمع إنما يكون عند التحالف الذي يصير كل واحد منهما فيه منكراً ومدعياً ولا يؤخذ ها هنا، ولأن الغرم وسقوط الأجرة يتعلق بعدم الإذن خاصةً فلا يحتاج إلى إثبات ما أمر به، فإذا حلف رب الثوب لا أجرة للخياط وله استرجاع الخيوط إن كانت له وليس له استرجاعها إن كانت لرب الثوب، وقال ابن أبي هريرة: له الأجرة في القدر الذي يصلح القميص وهذا ليس بشيء لأنه لم يقطعه للقميص، ولو دفع رب الثوب إليه قيمة الخيوط التي لم يجبر على قبولها لأن عين ماله باق فلا يجبر على أخذ قيمته، ولو قال: أشد في طرف الخيط خيطاً آخر حتى إذا جر ذلك الخيط حصل مكانه آخر لم يجبر عليه لأنه عين ماله فلا يجوز أن يصل به شيئاً، فإن تراضيا به جاز ثم على الخياط الضمان وفيما يضمنه قولان **أحدهما**: يضمن ما بين قيمته مقطوعاً قباءً وقميصاً لأن قطع القميص مأذون فيه فعلى هذا إن كانت قيمته قباءً مثل قيمته قميصاً أو أكثر فلا غرم عليه وهذا اختيار ابن أبي هريرة وعلى هذا ينظر إلى قطع ما يصلح للقميص فلا يضمنه وإلى ما لا يصلح [١٩٥/أ] للقميص فيضمنه لأن المخالفة حصلت في الزيادة على قطع

ما يصلح للقميص، **والثاني**: وهو اختيار أبي إسحاق يغرم ما بين قيمته ثوباً صحيحاً وما بين قيمته مقطوعاً قباء لأنه بالعدول عن القميص ضمن القطع من أصله، وإذا قلنا: القول قول الخياط يحلف لقد أمره أن يقطعه قباء ولا يلزمه اليمين على النفي.

ومن أصحابنا من قال: يحلف على النفي والإثبات فيقول: والله ما أمرني أن أقطعه قميصاً ولقد أمرني أن أقطعه قباءً فإذا حلف لا غرم عليه وهل له الأجرة؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا أجرة له قاله أبو إسحاق لأن قوله قبل في سقوط الغرم عنه لأنه منكر ولم يقبل قوله في الأجرة لأنه فيها مدعٍ فعلى هذا إن كانت الخيوط لرب الثوب لم يكن للخياط نقضها لأنها آثار مستهلكة ويصير الثوب قباءً مخيطاً لربه، وإن كانت الخيوط للخياط له استرجاعها وضمان ما نقص الثوب بأخذها إلا أن يتراضيا على دفع قيمتها، **والثاني**: وهو اختيار ابن أبي هريرة وجماعة: له الأجرة لأنه صار محكوماً بقبول قوله في الإذن وهو الأصح وعلى هذا ليس له نزع الخيوط بحالٍ لأنها تابعة للثوب وأخذ الأجرة في مقابلتها، فإذا قلنا بهذا قال أصحابنا: لا يستحق الأجر المسمى قولاً واحداً لأنه قد يحلف على مالٍ عظيمٍ أو ألف أو ألفين ولأن أجرة المثل تلزم لوجود فعله المأذون فيه بحكم المعاوضة، ولو أوجبنا المسمى لثبت بيمينه وقوله وذلك لا يجوز.

وقال في «الحاوي»(١): فيه وجهان **أحدهما**: يستحق المسمى لتحقيق ما حكم به من قبول قوله، **والثاني**: أجرة المثل لئلا يصير مقبول القول في العقد، وإذا قلنا: يتحالفان قد ذكرنا أنه لا أجرة له وهل يضمن ما نقص بالقطع؟ فيه قولان **أحدهما**: لا يضمن شيئاً وهو الذي نقل المزني في «الجامع الكبير» فقال: يتحالفان ويبرأ كل واحدٍ منهما بيمينه لأنه لما حلف كل واحدٍ منهما على ما ادعاه ونفى ما ادعاه صاحبه برئ كل واحدٍ منهما بيمينه كالمتبايعين [١٩٥/ب] إذا اختلفا وتحالفا، **والثاني**: يضمن أرش النقص لأنهما إذا تحالفا ارتفع العقد وحكمنا بأن القطع كان من غير فقدٍ فيلزم الأرش كما لو تلفت السلعة في يد المشتري وتحالفا على الثمن تجب قيمتها فإذا قلنا بهذا فكيفية الأرش ما ذكرنا إذا جعلنا القول قول رب الثوب وهذا هو المنصوص في «الإملاء».

فرع

لو اختلفا عند الرد فقال الخياط: هذا ثوبك وأنكر رب الثوب وقال: ثوبي في هذا فالحكم فيه وفي سائر الأحوال سواء ويكون القول قول الأجير لأنه يدعي عليه إقباض ثوب غير هذا وهو ينكره، فإذا حلف فقد اعترف بثوبٍ لرب الثوب وهو لا يدعيه فماذا يفعل به؟ قد ذكرنا فيما تقدم.

(١) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٤٣٧، ٤٣٨).

فرع آخر

لو قال رجل للخياط: إن كان يكفيني هذا الثوب قميصاً فاقطعه فقطعه فلم يكفه كان ضامناً، ولو قال: أيكفيني هذا الثوب قميصاً؟ فقال: نعم قال: اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن، والفرق أن اللفظ الأول شرط، **والثاني**: استفهام فافترقا.

مسألة(١): قال: «ولو اكترى دابة فحبسهَا قدرُ المسيرِ».

الفصل

وهذا كما قال: إذا اكترى دابةً ليركبها من آمل إلى الرَّي قد ذكرنا أنه يتقرر الأجرة، وهكذا لو عرضها على المكتري فامتنع من الأخذ ومضت لو أراد أن يستوفي المنفعة أمكنه تقررت الأجرة خلافاً لأبي حنيفة، وإن حبسها أكثر من ذلك يلزمه أجر المثل في مقدار ما زاد على مدة المسير أو فيما زاد عليها، فإن كان في مدة المسير لا يضمن لأن حبسها أرفق بها من السير وكدّه ومشقته، وإن كان فيما زاد عليها قال الشافعي: عليه الضمان وأراد به ضمان القيمة.

وقال بعض أصحابنا: لا ضمان عليه في الحالين لأن مدة الإجارة إذا انقضت يكون الشيء في يده على طريق الأمانة ومتى حصل الشيء في يده بإذن صاحبه على طريق الأمانة لا يلزمه حمله إلى صاحبه [١٩٦/أ] وإنما تجب مؤونة الرد على المكري ويجب على المكتري دفعها إليه إذا طالبه المكري كالوديعة وقول الشافعي: ضمن، أراد به إذا طالبه بالرد فلم يرد، قال في «الحاوي»(٢): وهذا مذهب الشافعي ولا وجه لمن خرّج وجهاً آخر من الرهن لأن في الرهن يتغلب نفع المرتهن فجاز أن يجب رده، وفي الإجارة يستويان في النفع فاختص المالك بمؤونة الرد لحق الملك، وقال القاضي الطبري: هذا وإن كان له وجه فهو خلاف مذهب الشافعي الذي نص عليه ها هنا وهذا لأنه يمسكه في مدة الإجارة بإذن صاحبه فهو أمين فإذا انقضت المدة سقط الإذن ولزمه رده عليه ولزمته مؤونة الرد، فإذا لم يفعل ضمن كما لو أطارت الريح بثوب إلى داره تلزمه مؤونة الرد فإن لم يفعل يلزمه الضمان، وكذلك إذا مات وعنده وديعة لزم ورثته الرد والضمان بتركه يوجب مؤونة الرد كما نقول في المستعير وبهذا قال مالك وبالأول قال أبو حنيفة وهو الصحيح عندي، وإذا أطارت الريح ثوباً في داره يلزمه الإعلام لا الرد ولا المؤونة، وكذلك إذا مات المودع وترك الوديعة يلزم ورثته الإعلام، وذكر القفال هكذا وقال: ليس المذهب على الإطلاق الذي نقله المزني ولا بد فيه من تفصيل فنقول الحبس منقسم، فإن كان بذلك الحبس يمنعها عن صاحبها مع مطالبته إياه بردها صار ضامناً لقيمتها، فأما إذا حبسها ليردها عند المطالبة لا يضمنها ولا يلزمه ردها ولا مؤونة ردها بل عليه التخلية بينها وبين مالكها إذا جاء يطلبها وهكذا نقول في الأجرة

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩١).

(٢) انظر الحاوي للماوردي (٧/ ٤٤٠).

فيما زاد على المدة إن كان ممتنعاً من الرد يلزمه أجر المثل لزيادة المدة استعملها أو لم يستعملها وإذا لم يكن ممتنعاً من الرد لا يلزمه أجر المثل إلا [١٩٦/ب] بالاستعمال لأن عليه التخلية فقط لا يكلف بالرد.

وقال صاحب «التقريب»: لو اكترى دابةً لحمل أو ركوب ليرد الدابة إلى صاحبها بالبلدة التي اكتراها منه فعليه أن يفعل ذلك، وإن لم يشترط أن يردها إلى صاحبها فإن خرج المالك معها فذاك، وإن لم يخرج فعليه ردها إلى البلد الأول.

وقال القفال: هذا عندي غلط بل لا يجب الرد، وإذا صار إلى البلد الآخر بالدابة ولم يكن المالك معه فهي كدابةٍ ضالةٍ فله رفعها إلى الحاكم فيأخذها الحاكم أو يأمره أن يودع أميناً ثم إن رأى الحاكم بيعها على الغائب فعل، وإن رأى أن يستدين على المالك فعل.

فرع آخر

لو شرط على المكتري أن يرده إليه بعد انقضاء المدة فحبسه بعد انقضائها لزمه ضمانه بلا خلاف ذكره القاضي الطبري، وقال بعض أصحابنا: إذا قلنا: لا يلزمه الرد لا يجوز اشتراطه لأنه ينافي موجب العقد، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا شرط عليه الرد إلى البلد الأول بطل العقد بهذا الشرط في القياس.

فرع آخر

لو انهدم عليها الاصطبل وتلفت بسبب الحبس ضمن سواء كان في المدة، أو بعد انقضائها.

فرع آخر

لو قال له المكري: إذا انقضت مدة الإجارة فاتركها عندك لم يلزمه ردها وإذا تلفت لا يضمن وتكون وديعة في يده، وكذلك لو لم يمكن ردها لفساد في الطريق أو لعلة مانعة وعذر بيّن حتى تلفت الدابة لا يضمن.

فرع آخر

يجوز أن يؤاجر حائطه ليضع عليه خشباً معلوماً مدةً معلومةً، وقال أبو حنيفة: لا يجوز وهذا غلط لأن هذه منفعة مقصودة مقدور على استيفائها فجاز عقد الإجارة عليها.

فرع آخر

هل يصح استئجار الفحل للضراب؟ وجهان **أحدهما**: يجوز لأنه يستباح بالإعارة، **والثاني**: لا يجوز وهو الصحيح لنهيه ﷺ [١٩٧/أ] عن ثمن عسب الفحل[1] ولأن المقصود منه الماء الذي يخلق منه وهو محرم لا قيمة له.

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٤)، والدارمي (٢/ ٢٧٢).

فرع آخر

لو استأجر رجلاً ليعلمه بنفسه سورةً وهو لا يحسنها فيه وجهان **أحدهما**: يصح كما يصح أن يشتري سلعةً بدراهم وهو لا يملكها ثم يحصلها ويسلم، **والثاني**: لا يصح لأنه عقد على منفعةٍ معينة لا يقدر عليها، وقد قالت عائشة رضي الله عنها: سألت رسول الله ﷺ عن كسب المعلمين فقال: «إن أحق ما أُخذ عليه الأجر كتاب الله»(١).

فرع آخر

لو استأجر داراً للسكنى جاز أن يطرح فيها المتاع لأن ذلك متعارف في السكنى، ولا يجوز أن يربط فيها الدواب ولا تقصير الثياب ولا يطرح في أصول حيطانها الرماد والتراب لأن ذلك غير متعارف في السكنى، وهل يجوز أن يطرح فيها ما يتسارع إليه النار؟ فيه وجهان **أحدهما**: لا يجوز لأن النار تنقب الحيطان للوصول إلى ذلك، **والثاني**: يجوز وهو الأظهر لأن ذلك متعارف في سكنى الدار فلا يمنع منه.

فرع آخر

لو استأجر دابةً ليركبها بسرج لا يجوز أن يركبها عرياً لأن ركوبه عرياً أضر، ولو اكتراها ليركبها عرياً لم يجز أن يركبها بسرج لأنه يحمل عليها أكثر ما عقد عليه، ولو اكتراها لحمل المتاع لم يجز أن يركبها لأن الراكب يقعد في موضع والمتاع يتفرق على جنبيه، ولو اكتراها للركوب لم يجز حمل المتاع بقدره لأن الراكب يعين المركوب بحركته بخلاف المتاع.

فرع آخر

لو استأجر عيناً لمنفعةٍ وشرط عليه أن لا يستوفي مثلها أو دونها ولا يستوفيها إلا بنفسه فلا يستوفيها بمن هو مثله أو دونه فيه ثلاثة أوجه **أحدها**: تبطل الإجارة لأنه شرط ما ينافي موجبها، **والثاني**: تصح الإجارة والشرط باطل لأنه شرط لا يؤثر في حق [١٩٧/ب] المؤجر فألغي وبقي العقد على مقتضاه، **والثالث**: تصح الإجارة والشرط لازم لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به.

فرع آخر

لو اختلف المتكاريان في مقدار المنفعة أو في قدر الأجرة تحالفا والحكم فيه ما ذكرنا في البيع، وإذا اختلفا في رد العين فإن قلنا: يضمن لا يقبل قوله في الرد، وإن قلنا: لا يضمن فيه وجهان كما قلنا في الوكيل بجعل، ولو ادعى هلاك العين بعد العمل وأنه يستحق الأجرة فالقول قول المستأجر لأن الأصل عدم البدل.

---

(١) أخرجه البخاري (٧/ ١٧١)، وابن حبان (١١٣١)، والدارقطني (٣/ ٦٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٦٧٦).

فرع آخر

إذا استأجر من متولي الوقف قضاء الوقف على أن يُبنى فيه فبنى بإذن المتولي فأراد أن يأمره بالرفع هل تلزم قيمة النقض في مال الوقف أو مال المتولي؟ قال الإمام أبو عبد الله الحناطي رحمه الله: يلزم في مال الوقف دون مال المتولي إذا كانت الإجارة صحيحة وكان الصلاح في إجارته كذلك، ولو كانت الإجارة فاسدة فبنى فيه بإذن المتولي يؤمر بالرفع فإذا أمر بذلك يلزم النقض في مال المتولي دون مال الوقف ويحتمل أن يقال: لا يلزمه في ذلك شيء.

فرع آخر

إذا أوصى بخدمة عبده لرجل على أن يخدمه ما دام الموصى له حياً ولا ينتقل هذا الاستحقاق إلى ورثة الموصى له بوفاته فأجره الموصى له شهراً ثم مات قبل انقضاء المدة هل تبطل الإجارة؟ وجهان **أحدهما**: لا تبطل كالمالك للعبد إذا أجره ثم مات، **والثاني**: وهو الأصح تبطل لأن المنفعة بعد وفاة الموصى له من حقها انتقالها إلى ورثة الموصي فلا يمكن جعل عقد الموصى له كعقد وارث الموصي لأنه غير قائم مقامه ولا تستفيد هذه المنفعة إرثاً من الموصى له فبطل العقد، وهذه المسألة بناء على مسألة الوقف إذا أجر من عليه الوقف ثم مات وانتقل الوقف [١٩٨/أ] إلى البطن الثاني هل تبطل الإجارة أم لا؟ وبالله التوفيق والعون والعصمة.

وجدت في الأصل المنقول من خط المصنف تمت المجلدة التاسعة بخط المصنف رحمه الله وكان قد فرغ منها يوم الخميس سلخ ذي الحجة سنة سبع وسبعين وأربعمائة وأول المجلدة العاشرة بخطه رحمه الله كتاب المزارعة فنقلها كذلك وبالله التوفيق.

فرغ من نسخه أضعف عباد الله يوم الأحد سلخ ربيع الآخر عبد الله بن أحمد بن بكر بن الحسين بن إبراهيم بن محمد بن علي الفقيه الشافعي الروياني ببلد بغداد في درب الخبازين في دريبة المدار في أيام المستنصر بالله أمير المؤمنين سنة اثنين وثلاثين وستمائة وهو يحمد الله على الآية ويصلي على النبي محمد خير خلقه وعلى آله وأصحابه ويستغفر من زللِه وخطئه وحسبنا الله ونعم الوكيل نعم المولى ونعم النصير ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. [١٩٨/ب]

كتاب العطايا والصدقات والحبس والسائبة

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «يَجْمَعُ مَا يُعْطَى النَّاسُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ثَلَاثَةُ وُجُوهٍ ثُمَّ يَتَشَعَّبُ وَجْهٍ مِنْهَا فَفِي الحَيَاةِ فِيهَا وَجْهَانِ وَبَعْدَ المَمَاتِ مِنْهَا وَجْهٌ فَمِمَّا فِي الحَيَاةِ الصَّدَقَاتِ وَاحْتَجَّ فِيهَا بِأَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَلَكَ مَائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَيْبَرٍ، فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ لَمْ أُصِبْ مَالاً مِثْلَهُ قَطُّ وَقَدْ أَرَدْتُ أَنْ أَتَقَرَّبَ بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «حَبْسُ الأَصْلِ الثَّمَرَةِ» قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَلَمَّا جَازَ ﷺ أَنْ يُحْبَسَ أَصْلُ المَالِ وَتَسَبَّلَ الثَّمَرَةُ دَلَّ ذَلِكَ عَلَى إِخْرَاجِهِ الأَصْلَ مِنْ مِلْكِهِ إِلَى أَنْ تَكُونَ مَحْبُوساً يَمْلِكُ مِنْ سَبَلَ عَلَيْهِ ثَمَرهُ بَيْعَ أَصْلِهِ فَصَارَ هَذَا المَالُ مُبَايِناً لِمَا سِوَاهُ وَمُجَامِعاً لأَنْ يَخْرُجَ العَبْدُ مِنْ مِلْكِهِ بِالعِتْقِ لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ إِلَى غَيْرِ مَالِكٍ فَمِلْكُهُ بِذَلِكَ مَنْفَعَةُ نَفْسِهِ لَا رَقَبَتِهِ كَمَا يَمْلِكُ المُحْبَسُ عَلَيْهِ مَنْفَعَةَ المَالِ لَا رَقَبَتَهُ وَمُحَرَّمٌ عَلَى المُحْبِسِ أَنْ يَمْلِكَ المَالَ كَمَا مُحَرَّمٌ عَلَى المُعْتِقِ أَنْ يَملِكَ العَبْدَ وَيَتِمَّ الحَبْسُ وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْ؛ لأَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هُوَ المُصَدِّق بِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ وَلَمْ يَزَلْ يَلِي صَدَقَتَهُ فِيمَا بَلَغَنَا حَتَّى قَبَضَهُ اللَّهُ وَلَمْ يَزَلْ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَلِي صَدَقَتَهُ حَتَّى لَقِيَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَمْ تَزَلْ فَاطِمَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا صَدَقَتَهَا حَتَّى لَقِيتَ اللَّهَ. وَرَوَى الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ حَدِيثاً ذَكَرَ فِيهِ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَصَدَّقَتْ بِمَالِهَا عَلَى بَنِي هَاشِمٍ وَبَنِي المُطَّلِبِ وَأَنَّ عَلِيًّا كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ تَصَدَّقَ عَلَيْهِمْ وَأَدْخَلَ مَعَهُمْ غَيْرَهُمْ».

قال في الحاوي: فأما الذي يكون بعد الوفاة فهو الوصية ولها كتاب مفرد نذكرها فيه إن شاء الله، وأما اللذان في حال الحياة فهما الهبة، والوقف، فأما الهبة فلها باب يجيء فيما بعد، وأما الوقف فهذا موضعه فالوقف يحبس الأصل ويسبل المنفعة، وجمعه وقوف وأوقاف، فإذا وقف شيئاً زال ملكه عنه بنفس الوقف ولزم الوقف، فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك ولا التصرف فيه ببيع ولا هبة، ولا يجوز لأحد من ورثته التصرف فيه، وليس من شرطه لزوم القبض ولا حكم الحاكم وهو قول الفقهاء، أجمع، وهو قول أبي سفيان ومحمد غير أن محمداً يقول: من شروط لزومه القبض، وروى عيسى بن أبان أن أبا يوسف لما قدم بغداد كان على قول أبي حنيفة في بيع الأوقاف حتى حدثه

(١) انظر الأم (٣/ ١١٥، ١١٦).

إسماعيل ابن علية بحديث عمر رضي الله عنه فقال: هذا لا يسع أحد خلافه.

وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم بالوقف لزم، وإن لم يحكم به لم يلزم، وكان الواقف بالخيار إن شاء باعه أو وهبه، وإن مات ورثه ورثته، وإن أوصى بالوقف يلزم في الثلث قال القاضي: قد ناقض أبو حنيفة في هذا؛ لأنه جعل الوقف لازماً في ثلثه في حال مرضه المخوف إذا أنجزه ولم يؤخره ولا لازماً من جميع ماله في حال صحته، لأن كل ما لزم في الثلث بوصية لزم فيه في مرضه إذا أنجزه وفي جميع ماله في حال صحته مثل العتق، فإنه إذا أوصى به لزم في ثلثه، وإذا أنجزه في مرضه لزم في ثلثه، وإذا أنجزه في حال صحته لزم في جميع ماله واحتج بأشياء:

أحدهما: ما روي عن ابن عباس قال: لما نزلت سورة النساء وفرض فيها الفرائض رسول الله ﷺ: «لا حبس بعد سورة النساء»[(١)].

وروي أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطاً له صدقة وجعله إلى رسول الله ﷺ «فأتى أبواه النبي ﷺ فقالا: يا رسول الله لم يكن لنا عيسى إلا هذا الحائط فرده رسول الله ﷺ ثم ماتا فورثهما»[(٢)] فدل هذا على أن وقفه إياه لم يخرجه من ملكه، ولو كان قد أخرجه عن ملكه لم يصح الرد على أبويه وروي عن شريح قال: جاء محمد ﷺ بإطلاق الحبس.

وروي عن سلمان بن زيد عن أبيه أن رجلاً وقف وقفاً فأبطله رسول الله ﷺ فلو كان قد لزم لم يصح إبطاله ومن القياس أنه قصد إخراج ماله عن ملكه على وجه الصدقة فوجب أن لا يلزم لمجدد القول.

أصله: صدقة التمليك، لأنه عقد على منفعة فوجب أن لا يزول به الملك عن الرقبة قياساً على الإجارة، ولأنه لو قال هذه الأرض محرمة لا تورث ولا تباع ولا توهب لم يصر وقفاً ولم يزل ملكه عنها، وقد أتى بصريح معنى الوقف فإذا قال وقفتها أو حبستها أولى أن لا يزول ملكه عنها.

ودليلنا ما روى ابن عمر رضي الله عنه ملك مائة سهم من خيبر اشتراها فلما استجمعها قال: يا رسول الله إني أصبت مالاً لم أصب مالاً قط مثله وقد أردت أن أتقرب به إلى الله فقال النبي ﷺ «حبس الأصل وسبل الثمرة»[(٣)] وفي حديث آخر أن النبي ﷺ قال له: «إن شئت تصدّقت بها وحبست أصلها» فجعلها عمر على الفقراء، والمساكين، والغزاة في سبيل الله، وفي الرقاب، وابن السبيل، ولا جناح على من ولاها إن أكل منها

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٦٦، ٦٨)، والطبراني في «الكبير» (١١/ ٣٦٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٩٠٦، ١١٩٠٧)، والعقيلي في «الضعفاء» (٣/ ٣٩٧).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٩١٣)، وقال: هذا مرسل، أبو بكر بن حزم لم يدرك عبد الله بن زيد.

(٣) أخرجه البخاري (٢٧٣٧)، ومسلم (١٦٣٢).

بالمعروف ويطعم صديقه غير متمول، وأوصى بها إلى حفصة، ثم إلى الأكابر من أولاد عمر، والتعلق بهذا الحديث من وجهين:

أحدهما: أن النبي ﷺ أمره بأن يحبس الأصول، وعند المخالف لا يقع تحبيس الأصل بحال، فإن قيل: بل يصح منه، لأنه يقف ويرفع ذلك إلى النبي ﷺ حتى يحكم به، فإذا حكم به لزم قيل: فلا يكون ذلك اللزوم من جهته إنما يكون من جهة الحاكم بالحكم، كما يكون ذلك في جميع مسائل الخلاف، وعلى أنه لم ينقل أن عمر رفع ذلك إلى النبي ﷺ وحكم به، ولو كان ذلك لنقل، لأنه أولى بالنقل من غيره.

والثاني: بالخبر أن عمر جعلها صدقة ثم ذكر أحكامها فقال: لا تباع، ولا توهب، ولا تورث فدل على أن هذه الأحكام تتعلق بها إذا صارت صدقة وإن لم يحكم بها الحاكم، ويدل على ذلك إجماع الصحابة، لأن أبا بكر وعمر، وعثمان، وعلياً، وطلحة، والزبير، وأنساً، وأبا الدرداء، وعبد الرحمٰن بن عوف، وفاطمة وغيرهم وقفوا دوراً وبساتين ولم ينقل عن أحد منهم أنه رجع في وقفه فباع منه شيئاً ولا عن أحد من ورثتهم مع اختلاف هممهم، فلو كان ذلك جائز لنقل عن أحد منهم الرجوع.

ومن القياس: أنه تصرف يلزم بالوصية فجاز أن يلزم في حال الحياة من غير حكم الحاكم أصله: إذا بنى مسجداً فإنه يلزم من غير حكم الحاكم، وقد قال أبو حنيفة: إذا أذن لقوم فصلوا فيه صار محبساً وثبت وقفه، وكذلك إذا عمل مقبرة وأراد أن يقفها فأذن لقوم فدفنوا فيها ثبت الوقف، ولأنه إزالة ملك يلزم بحكم الحاكم فجاز أن يلزم بغير حكمه.

أصله: سائر أنواع التصرف التي تزيل الملك.

فأما الجواب عن حديث ابن عباس فمن وجهين:

أحدهما: أنه أراد حبس الزانية، وذلك قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي ٱلْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ [النِّسَاء: ١٥] وقد بين النبي ﷺ السبيل فقال البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم.

والثاني: أنه أراد به ما يثبته في آخر وهو قوله: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» فكأنه قال: لا يحبس عن وارث شيء جعله الله له.

وأما الجواب عن حديث عبد الله بن زيد: فهو أن ذلك الحائط ما كان له إنما كان لأبويه بدليل أنه روي عن الخبر «ماتا فورثهما».

وأما الجواب عن حديث شريح فهو أن نقول: هذا مرسل، لأن شريحاً تابعي، ولا نقول بالمراسيل أو نقول أراد بذلك الأحباس التي كانت تفعلها الجاهلية، وقد ذكرها الله تعالى في كتابه العزيز فقال: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ﴾ [المَائدة: ١٠٣].

وأما الجواب عن الخبر فهو أنه لا حجة فيه، لأنه يجوز أن يكون ذلك الوقف ما صح لمعنى عرض فيه فرده لذلك المعنى، وذلك الرد لا يدل على بطلان الحبس كما لو

روي أن رجلاً باع مبيعاً فرده رسول الله ﷺ لم يدل ذلك على أن حبس البيع باطل.

وأما قياسهم على صدقة التمليك فإنا نقلبه، فنقول: فوجب أن يكون وجود حكم الحاكم وعدمه سواء.

أصله: ما ذكروه ثم لا يمتنع أنه لا يلزم بمجرد القول إذا أخرجه بلفظ الصدقة، وإذا أخرجه بلفظ الوقف لزم ألا ترى أن هبة العبد لا تلزم بمجرد القول، وعتقه يلزم بمجرد القول، وأما قياسهم على عقد الإجارة فهو إنا لا نسلم أنه عقد على منفعة وإنما هو عقد على الرقبة، لأن الوقف مزيل الملك عن الرقبة، فهو كالعتق، وأما استدلالهم الأخير فهو أنه لا يمتنع أنه لا يلزم إذا أتى بصريح المعنى، ويلزم إذا أتى بلفظة كما قال عن عقد النكاح أحللت لك هذه المرأة وأبحتها لك لم يصح النكاح وقد صرح بمعناه ولو قال: زوجتك أو أنكحتك جاز ذلك والله أعلم.

فصل:

ذكر أصحابنا تفسير السائبة، والبحيرة، والوصية، والحاك، فأما السائبة فهي الناقلة تلد عشرة بطون كلها إثات فتسيب تلك الناقة فلا تحلب إلا للضيف ولا تركب، والبحيرة: ولدها الذي يجيء به في البطن الحادي عشر فإذا كان أنثى فهي البحيرة، وإنما سموها بذلك، لأنهم كانوا ينحرون أذنها أي يشقونها، والنحر الشق، ولهذا سموا البحر بحراً لأنه شق في الأرض.

وأما الوصيلة فهي الشاة تلد خمسة بطن في كل بطن عناقان فإذا ولدت بطناً سادساً ذكراً أو أنثى قالوا: وصلت أخاها فما ولدت بعد ذلك يكون حلالاً للذكور وحراماً للإناث وأما الحام فهو الفحل ينتج من ظهره عشرة بطون فيسيب ويقال: حمى ظهره فكان لا يركب.

فصل:

ليس من شرط لزوم الوقف عندنا القبض وقال محمد بن الحسن: من شرط لزومه القبض كالهبة.

ودليلنا قول النبي ﷺ لعمر: «حبس الأصل وسبل الثمرة» ولم يأمره بالإقباض ولأنه جعل إليه التحبيس، وعقد المخالف لا يملك الواقف للتحبيس؛ لأنه لا تصير بوقفه لازماً حتى يقبضه من غيره وذلك سبب من جهة غيره، ولأن عمر وقف تلك السهام التي ملكها من أرض خيبر فكان يلي صدقته حتى قبضه الله، وكذلك وقف علي كرم الله وجهه ولم يزل يلي صدقته حتى قبضه الله عز وجل ولم تزل فاطمة عليها السلام تلي صدقتها حتى لقيت الله، فدل ذلك على أن الوقف يلزم قبل القبض، فأما ما ذكره المخالف فهو أنا لا نسلم أنه عطية، لأن الوقف بمنزلة العتق، والعتق والعقد لا يسمى عطية، فكذلك الوقف، ثم المعنى في الأصل إن ذلك تمليك بدليل أن الموهوب له يملك التصرف في الموهوب

بالبيع وغيره، وليس كذلك الوقف، لأنه ليس بتمليك بدليل أن الموقوف عليه لا يملك التصرف فيه ببيع ولا غيره.

فصل:

إذا وقف أرضاً أو داراً، فالمذهب الصحيح أن ملك الواقف يزول عن الموقوف بالوقف كما يزول بالبيع وغيره وخرج أبو العباس فيه قولاً آخر أنه لا يزول ملكه، واحتج من نصره بقول النبي ﷺ: «حبس الأصل وسبل الثمرة» وتحبيس الأصل يدل على بقاء الملك، وهذا غلط، لأن الوقف سبب بقطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة فوجب أن يزيل الملك، والدليل عليه البيع والعتق وغيرهما.

وإن الجواب عما ذكروه فهو أن المراد به التحبيس ذكره أبو العباس، فإذا ثبت أن ملك الواقف يزول عن الموقوف فهل يزول إلى الموقوف عليه فيملكه أو ينتقل ملكه إلى الله تعالى؟ اختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة طرق فهم من قال المسألة على قولين:

أحدهما: أن الملك ينتقل إلى الله تعالى ولا ينتقل إلى الموقوف عليه والذي يدل عليه من كلام الشافعي في هذا الباب أنه قال: كما يملك المحبس عليه منفعة المال لا رقبته.

والآخر: أنه ينتقل إلى الموقوف عليه، والذي يدل عليه من كلام الشافعي أنه ذكر من كتاب الشهادات أن الرجل إذا أوعى وقفاً عليه فأقام شاهداً أو أحداً حلف معه، وهذا يدل على أن الملك قد انتقل إليه وخالف ذلك العتق، لأنه لا يقبل فيه اليمين والشاهد، فلو ادعى العبد أن سيده أعتقه وأقام على ذلك شاهداً واحداً لم يحلف معه فإذا تقرر القولان، فإن قال إنه ينتقل الملك إلى الموقوف عليه فوجهه أن الوقف لا يخرج الموقوف عن المالية، ألا ترى أنه يطعن بالغصب ويثبت عليه اليد وليس فيه أكثر من أنه لا يملك بيعه، وذلك لا يدل على أنه ما ملكه لأن السيد لا يبيع أم الولد وهي ملك له، وإذا قلنا: إن الملك ينتقل إلى الله تعالى، فوجهه أنه إزالة ملك عن الرقبة والمنفعة على وجه التقرب إلى الله تعالى فوجب أن ينتقل الملك إليه كالعتق.

والجواب عن دليل القول الأول هو أنه ينتقص بحصير المسجد فإنها تضمن باليد وليست ملكاً لأحد من الآدميين وأما الطريقة الثانية من أصحابنا من قال أن الملك ينتقل إلى الله تعالى قولاً واحداً كما ذكر الشافعي هاهنا وما ذكروه في الشهادات من قبول الشاهد واليمين على الوقف فإن ذلك لا يدل على أن الملك قد انتقل إلى الموقوف عليه، لأن الوقف وإن كان ينتقل ملكه إلى الله تعالى فإن المقصود به انتفاع الموقوف عليه فإن كان داراً، فالمقصود به أن يأخذ عليه وإن كان بستاناً فالمقصود أن يأخذ ثمرته، وذلك المقصود مال، وكلما كان المقصود به مالاً قبل فيه الشاهد واليمين، وأما الطريقة الثالثة فإن من أصحابنا من قال: إن الملك ينتقل إلى الموقوف عليه قولاً واحداً، والذي ذكره الشافعي هاهنا فإنما أراد به لا يملك بيع الموقوف كما لا يملك العتق بيع رقبته.

مسألة[(١)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَبَنُوهَا ثم وَبَنُو المُطَّلِبِ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَاتُ المَفْرُوضَاتُ وَلَقَدْ حَفِظْنَا الصَّدَقَاتِ عَنْ عَدَدٍ كَثِيرٍ مِنَ المُهَاجِرِينَ وَالأَنْصَارِ وَلَقَدْ حَكَى لِي عَدَدٌ مِنْ أَوْلَادِهِمْ وَأَهْلِهِمْ أَنَّهُمْ كَانُوا يَتَوَلَّوْنَهَا حَتَّى مَاتُوا يَنْقُلُ ذَلِكَ العَامَّةُ مِنْهُمْ عَنِ العَامَّةِ لَا يَخْتَلِفُونَ فِيهِ. قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ أَكْثَرَ مَا عِنْدَنَا بِالمَدِينَةِ وَمَكَّةَ مِنَ الصَّدَقَاتِ لِعَلِيٍّ مَا وَصَفْتُ لَمْ يَزَلْ مِنْ تَصَدَّقَ بِهَا مِنَ المُسْلِمِينَ مِنَ السَّلَفِ يَلُونَهَا عَلَى مَنْ مَاتُوا وَإِنَّهُ نُقِلَ الحَدِيثُ فِيهَا كَالتَّكَلُّفِ. قَالَ: وَاحْتَجَّ مُحْتَجٌّ بِحَدِيثِ شُرَيْحٍ أَنَّ مُحَمَّداً ﷺ جَاءَ بِإِطْلَاقِ الحَبْسِ. فَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الحَبْسُ الَّذِي جَاءَ بِإِطْلَاقِهِ ﷺ لَوْ كَانَ حَدِيثاً ثَابِتاً كَانَ عَلَى مَا كَانَتْ العَرَبُ تَحْبِسُ مِنَ البحِيرَةِ وَالوَصِيلَةِ وَالحَام لأَنَّهَا كَانَتْ أَحْبَاسَهُمْ وَلَا نَعْلَمُ وَجَاهِلِيًّا حَبَسَ دَاراً عَلَى وَلَدٍ وَلَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا عَلَى مَسَاكِينَ وَأَجَازَ النَّبِيُّ ﷺ لِعُمَرَ الحَبْسَ عَلَى مَا رَوَيْنَا وَالَّذِي جَاءَ بِإِطْلَاقِهِ غَيْر الحَبْس الَّذِي أَجَازَهُ ﷺ قَالَ: وَاحْتَجَّ مُحْتَجٌّ بِقَوْلِ شُرَيْحٍ لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ. قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «لَوْ جَعَلَ عَرَصَةً لَهُ مَسْجِداً لَا تَكُونُ حَبْساً عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى فَكَذَلِكَ مَا أَخْرَجَ مِنْ مَالِهِ فَلَيْسَ بِحَبْسٍ عَنْ فَرَائِضِ اللَّهِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: جملة ذلك أن الناس على ثلاثة أضرب: النبي ﷺ، وأهل بيته، وسائر الناس.

فأما النبي ﷺ: فكانت الصدقة المفروضة محرمة عليه بدليل قوله عليه السلام: «إنَّا أهل بيت لا يحل لنا الصدقة»[(٢)]، وروى أنه عليه السلام رأى غرة ملقاة فقال: «لولا أني أخشى أن تكون من تمر الصدقة لأكلتها»[(٣)]. ولأن الصدقات أوساخ الناس، وما كان من أوساخ الناس فإن النبي ﷺ منزه عنه.

وأما صدقة التطوع، فكان النبي ﷺ لا يقبلها. وروي أن سلمان الفارسي حمل إليه تمراً من طبق فقال: «ما هذا» قال: صدقة فرده، ثم حمل إلي يوماً آخر مثل ذلك، فقال: «ما هذا» قال: هدية فقبله، وروي أنه ﷺ أكل من لحم تصدق به على بريرة وقال: «هو لها صدقة ولنا هدية»[(٤)] وهل كان ذلك الامتناع لأجل التحريم أو لأجل الاستحباب؟ فيه قولان:

أحدهما: لأجل التحريم، لأنه رد الصدقة على سلمان، ولو لم تكن محرمة عليه لما ردها ولكان يطيب قلبه بقبولها والذي يدل على ذلك أنه قال للصعب بن جثامة لما رد

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١٦، ١١٧، ١١٨).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٣٢)، ومسلم (١٠٧٠).

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ١٨٤)، والبخاري (٣/ ١٦٤)، وأبو داود (١٦٥٢).

(٤) أخرجه البخاري (٢/ ١٥٨، ٣/ ٢٠٣، ٢٠٤)، ومسلم (١٧٠/ ١٠٧٤، ١٧١، ١٠٧٥)، وأبو داود (١٦٥٥)، وأحمد (٣/ ١١٧)، والدارمي (٢/ ١٦٩).

حماره الذي أهداه إليه ورأى الكراهة في وجهه ليس بنا رد عليك وكلنا حرم، ويدل عليه قوله ﷺ في اللحم الذي تصدق به على بريرة: «هو لها صدقة ولنا هدية» وروى عنه عليه السلام أنه قال: «إنَّا أهل بيت لا يحل لنا الصدقة» وهذا عام، وإذا قلنا: إن ذلك الامتناع كان على وجه التنزه لا التحريم فوجهه: أن كل من حلت له الهدية حلت له الصدقة المتطوع بها لغيره ﷺ ولأن أهل بيته يحرم عليهم الصدقة المفروضة وتحل لهم الصدقة المتطوع بها، وكذلك النبي ﷺ.

فأما أهل بيته: فالصدقة المفروضة محرمة عليهم بدليل قوله ﷺ: «إنَّا أهل بيت لا تحل لنا الصدقة» وقوله للفضل «في خمس الخمس وما يغنيكم عن أوساخ الناس». وروي أن الحسن أخذ ثمرة من الصدقة فأكلها فقال النبي ﷺ: كخ كخ»[(١)] يعني إرم بها وأما صدقة التطوع فكانت حلالاً لهم.

والدليل عليه ما روى الشافعي عن جعفر بن محمد أنه كان يشرب من ماء السقايات التي بين مكة والمدينة. فقيل له في ذلك فقال: «إنما حرمت علينا الصدقة المفروضة».

فإذا ثبت هذا فنعني بأهل البيت: رسول الله ﷺ وبذوي القربى بني هاشم وبني المطلب فهم الذين يحرم عليهم الصدقة المفروضة وهم ذوي القربى فأما آل رسول الله ﷺ الذين يذكرون في التشهد فقد قيل: هم بني هاشم وبني المطلب وقيل: هم المؤمنون كلهم فآل الرجل: أتباعه وأشياعه كما قال الله تعالى: ﴿أَدْخِلُوٓاْ ءَالَ فِرْعَوْنَ أَشَدَّ ٱلْعَذَابِ﴾ [غافر: ٤٦] وأراد به أشياع فرعون، وأما سائر الناس فتحل الصدقات كلها عليهم المفروضة وغير المفروضة والله أعلم بالصواب.

مسألة[(٢)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَيَجُوزُ الحَبْسُ فِي الرَّقِيقِ وَالمَاشِيَةِ إِذَا عُرِفَتْ بِعَيْنِهَا قِيَاساً عَلَى النَّخْلِ وَالدُّورِ وَالأَرْضِينَ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال يجوز وقف العقار والدور والأرض والرقيق والماشية والسلاح وكل عين تبقى بقاء متصلاف ويمكن الانتفاع بها.

وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا في الأراضي والدور، والكراع والسلاح والغلمان فأما وقف الغلمان وغيرهم من الحيوان على الانفراد فلا تصح واحتج من نصره ما عدا الأرض والدور لا يثبت فيه الشفعة ولا يستحق بالشفعة فلم يصح وقفه كالأطعمة والسمومات. ودليلنا ما روي أن أم معقل جاءت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله وإني أريد الحج أفأركبه فقال النبي ﷺ: «اركبه فإن الحج والعمرة من سبيل الله»[(٣)].

---

(١) أخرجه البخاري (٢/ ١٥٧)، ومسلم (١٠٦٩/ ١٦١)، وأحمد (٢/ ٤٠٩).

(٢) انظر الأم (٣/ ١١٨).

(٣) تقدم تخريجه في الحج.

وروي أن النبي ﷺ بعث عمر ساعياً فلما رجع ثلاثة أحدهم خالد بن الوليد. قال رسول الله ﷺ: أما خالد فإنكم تظلمون خالداً إنه قد حبس أذرعه وأعبده[(١)]. ومن وَجَهَهُ المعنى أنها عين تجوز بيعها ويمكن الانتفاع بها مع بقائها المتصل فجاز وقفها كالدور. وقولنا: «عين» احترازها يكون في الذمة لأنه لو كان له في ذمة رجل حيوان من مسلم أو غيره موقفه لم يصح. وقولنا: «يجوز بيعه» احتراز من أم الولد والحر. وقولنا: «يمكن الانتفاع بها» احتراز من الحشرات التي ينتفع بها. وقولنا: «مع بقائها المتصل» احتراز من الطعام فإنه ينتفع به ولكنه سلف بالانتفاع. وقولنا: «المتصل» احتراز من السمومات فإنه لا يتصل بقاؤها وإنما تبقى يوماً ويومين وثلاثة فقط، ولأن كل ما جاز وقفه تبعاً لغيره جاز وقفه منفرداً كالشجرة لأنها وقف تبعاً للأرض وتوقف منفردة عنها، ولأن المقصود من الوقف انتفاع الموقف عليه هذا المعنى موجود فيما عدا الأرض والعقار فجاز وقفه.

فأما الجواب عما ذكروه فهو أنه منتقص بالكراع والسلاح فإنه لا يثبت فيه الشفعة ويصح وقفه، ثم إن الشفعة إنما اختصت بالأرض والعقار، لأنه إنما تثبت لإزالة الضرر الذي يلحق بالشريك على الدوام، وإنما يدوم الضرر فيما لا ينفك فلا يدوم الضرر فيه فلهذا لم يثبت فيه الشفعة وليس كذلك الوقف، لأنه إنما جاز الانتفاع الموقوف عليه، وهذا المعنى موجود فيما ينفك ويحول إذا كان على الأوصاف التي ذكرنا فجاز وقفه إذا ثبت هذا فكل عين جاز بيعها وأمكن الانتفاع بها مع بقائها المتصل فإنه يجوز وقفها إذا كانت معينة، فأما إذا كانت في الذمة أو مطلقة وهو أن يقول وقفت فرساً أو عبد فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به ما لم يتعين ولا يمكن تسليمه ولهذا قلنا: لا يجوز أن يبيع ثوباً مطلقاً لأنه لا يمكن تسليمه والإخبار عليه. فأما الكلب فالذي نصب عليه الشافعي أنه لا يجوز وقفه؛ لأنه ليس بمال.

مسألة[(٢)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «فَإِذَا قَالَ: تَصَدَّقْتُ بِدَارِي عَلَى قَوْمٍ أَوْ رَجُلٍ مَعْرُوفٍ حَيٍّ يَوْمَ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ. وَقَالَ: مُحَرَّمَةٌ، أَوْ قَالَ: مَوْقُوفَةٌ، أَوْ قَالَ صَدَقَةٌ مُسَبَّلَةٌ فَقَدْ خَرَجَتْ مِنْ مِلْكِهِ فَلَا تَعُودُ مُيرَاثاً أَبَداً».

قال في الحاوي: وهذا كما قال ألفاظ الوقف ستة: تصدقت، ووقفت، وحبست؛ لأن التصدق يحتمل الوقف ويحتمل صدقة التمليك المتطوع بها ويحتمل الصدقة المفروضة فإذا قرنه بقرينة تدل على الوقف انصرف إلى الوقف وانقطع الاحتمال والقرينة

---

(١) أخرجه مسلم (٩٨٣/ ١١)، وأبو داود (١٦٢٣)، والنسائي (٢٤٦٤)، والدارقطني (٢/ ١٢٣)، وابن خزيمة (٢٣٣٠).

(٢) انظر الأم (٣/ ١١٨).

أن يقول: تصدقت صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة، أو يقول صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، لأن هذه كلها تصرف إلى الوقف وكذلك إذا نوى الوقف انصرف إلى الوقف فيما بينه وبين الله تعالى لا يصير وقفاً من الحكم، فإذا أقر بأنه نوى الوقف صار وقفاً في الحكم حينئذٍ كما قال أنت حل ونوى الطلاق وقع فيما بينه وبين الله تعالى فإذا أقرت بالنية وقع الطلاق في الحكم فأما إذا قال وقفت كان ذلك صريحاً فيه؛ لأن الشرع قد ورد بها حيث قال ﷺ لعمر: «حبس الأصل وسبل الثمرة»[1] وعرف الشرع بمنزله عرف العادة فأما إذا قال حرمت وبدت ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما كنايتان؛ لأنه مما ورد بهما، لأنهما لا يستعملان إلا في الوقف ولا يحتملان شيئاً آخر فإذا قلنا إنهما صريحان فيه فالحاكم على ما ذكرنا وإذا قلنا كنايتان فلا بد من القرينة أو النية على ما ذكرنا فيما هو كناية من ألفاظه والله أعلم.

فصل:

وأما ما اختلف فيه فلفظان التحريم والتأبيد، فإذا قال: حرمتها أو أبدتها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يكون كناية لاحتماله أنه يريد بتحريم الوقف أو يريد تحريم التصرف.

والثاني: يكون صريح؛ لأن ذلك هو الوقف من الصريح.

فصل:

وقف المشاع يجوز، قال محمد بن الحسن: لا يجوز بناء على أصله من أنه رهنه وإجازته لا تجوز.

ودليلنا: ما روي أن عمر رضي الله عنه ملك مائة سهم من خيبر فقال رسول الله ﷺ: «حبس الأصل وسبل الثمرة» فوقفها بأمره وكانت مشاعاً، ولأن ما صح بيعه من ذوات المنافع الباقية صح وقفه كالمحوز ولأنه عقد صح آخره والمشاع كالبيع.

فصل:

وقف الدرهم والدنانير لا يجوز وقفها لاستهلاكها فكانت كالطعام وروى أبو ثور عن الشافعي جواز وقفها وهذه الرواية محمولة على وقفها على أن يؤاجرها لمنافعها لا لاستهلاكها بأعيانها فكأنه أراد وقف المنافع وذلك لم يجز وإن وقفها للإجارة والانتفاع الباقي فعلى وجهين كما قلنا في الإجارة.

وأما وقف الحلى فجائز لا يختلف لجواز إجارته أو مكان الانتفاع به مع بقاء عينه.

---

(١) تقدم تخرجه.

فصل:

أرض الخراج ضربان:

أحدهما: أن تكون مملوكة الدوار فيكون خراجها جزية تسقط عنها بالإسلام ويجوز وقفها لكونها ملكاً تاماً لوقفها.

والثاني: أن تكون غير مملوكة الدوار كأرض السواد فخراجها أجرة ووقفها لا يجوز وأجازه أهل العراق على أصلهم في جواز بيعها، وهو أصلنا في المنع من وقفها أو لا يجوز عندنا بيعها.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «يَجُوزُ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنْ مِلْكِهِ إِلَّا إِلى مَالِكِ مَنْفَعَةٍ يَوْمَ يُخْرِجُهَا إِلَيْهِ فَإِنْ لَمْ يُسْبِلْهَا عَلَى مَنْ بَعْدَهُمْ كَانَتْ مُحَرَّمَةً أَبَداً فَإِذَا انْقَرَضَ الْمُتَصَدَّقُ بِهَا عَلَيْهِ كَانَتْ مُحَرَّمَةً أَبَداً وَرَدَدْنَاهَا عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ بِالَّذِي تَصَدَّقَ بِهَا يَوْمَ تَرْجِعُ».

قال في الحاوي: اعلم أن الوقف ملحق بالهبات في أصله، وبالوصايا في فرعه، وليس كالهبات المحضة، لأنه قد يدخل فيها من ليس بموجود ولا كالوصايا، لأنه لا بد فيها من أصل موجودة، ثم اعلم أن صحة الوقف من يجوز وقفه وما يجوز وقفه معتبر بخمسة شروط:

أحدها: أن يكون معروف السبيل، ليعلم مصرفه وجهه استحقاقه فإن قال: وقفته على ما شاء زيد، وهكذا لو قال وقفته على ما شاء زيد، كان باطلاً، وهكذا لو قال وقفته فيما شاء الله، كان باطلاً، لأنه لا يعلم مشيئة الله تعالى فيه، فلو قال: وقفته على من شئت، أو فيما شئت، فإن كان قد تعين له من شاء، أو ما شاء عند وقفه جاز، وأخذ بيانه، وإن لم يتعين له لم يجز، لأنهم إذا تعينوا له عند مشيئته فالسبيل معروفة عند واقفه يؤخذ بيانها، وإذا لم تعينوا فهي مجهولة كورود ذلك إلى مشيئة غيره، فهي مجهولة عنده، وإن كانت معينة عند غيره، فلو قال: وقفت هذه الدار ولم يزد على هذا ففي الوقف وجهان:

أحدهما: باطل وهو الأقيس للجهل باستحقاق المصرف.

والثاني: جائز وفي مصرفه ثلاثة أوجه حكاهم ابن سريج.

أحدها: وهو الأصح أنه يصرف إلى الفقراء والمساكين؛ لأن مقصود الوقف القربى، ومقصود القربى في الفقراء والمساكين، فصار كما لو وصى بإخراج ثلث ماله ولم يذكر في أي الجهات صرف في الفقراء والمساكين، ويكون أقرب الناس نسباً وداراً من ذوي الحاجة أحق بها.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١٩).

والثاني: أنه يصرف في وجوه الخير والبر لعموم النفع بها.

والثالث: وهو مذهب له أن الأصل وقف والمنفعة له، ولورثته، وورثة ورثته ما بقوا، فإذا انقرضوا كانت في مصالح المسلمين فكأنه وقف الأصل واستبقى المنفعة لنفسه ولورثته.

وإن قيل: فلو قال وقفتها على من يولد لي وليس له ولداً يجوز؟

قيل: لا، والفرق بينهما أنه مع الإطلاق قد يحمل بالعرف على جهة موجودة مع تعيين الحمل قد حمله على جهة غير موجودة.

فلو قال: وقفتها على جميع المسلمين أو جميع الخلق أو على كل شيء فهو وقف باطل لعلتين:

إحداهما: أن الوقف ما كان سبيل مخصوص الجهات لتصرف وليس كذلك هذا.

والثانية: أنه لا يملك استيفاء هذا الشرط، ولو وقفها على الفقراء والمساكين جاز، وإن لم يمكن وقفها إلى جميعهم لأمرين:

أحدهما: أن الجهة مخصوصة.

والثاني: أن عرف الشرع فيهم لا يوجب استيعاب جميعهم، كالزكاوات، ولو وقفها على قبيلة لا يمكن استيفاء جميعهم كوقفه إياها على ربيعة أو مضر أو على بني تميم ففيه وجهان:

أحدهما: أن الوقف باطل تعليلاً بأن استيفاء جميعهم غير ممكن وليس في الشرع لهم عرف.

والثاني: أن الوقف جائز تعليلاً بأن الجهة مخصوصة معروفة ويدفع إلى من أمكن منهم كالفقراء والمساكين، وهذا حكم الشرط الأول وما يتفرع عليه.

فصل:

والشرط الثاني: أن تكون مسبلة مؤبدة لا تنقطع، فإن قدره بمدة بأن قال وقفت داري على زيد سنة لم يجز، وأجازه ما ملك، وبه قال أبو العباس بن سريج، فقال: لأنه لما جاز له أن يتقرب بكل ماله وببعضه جاز له أن يتقرب به في كل الزمان وفي بعضه، قال أبو العباس وإن قيل فهذه عارية وليست وقفاً.

قيل له: ليس كذلك فإن العارية يرجع فيها وهذه لا رجعة فيها، أو هذا خطأ لقوله ﷺ: «حبس الأصل وسبل الثمرة» وهذا أصل غير محبس ولأنه لو جاز أن يكون وقف إلى مدة لجاز أن يكون عتق إلى مدة، ولأنه لو جرى مجرى الهبات فليس في الهبات رجوع وإن جرى مجرى الوصايا والصدقات فليس فيها سد زوال الملك رجوع، ولهذا فرقنا بين أن يقف بعض ماله فيجوز، وبين أن يقف في بعض الزمان فلا يجوز، لأنه ليس في وقف بعض ماله رجوع في الوقف، وفي وقفه في بعض الزمان رجوع في الوقف،

وإذا صح أن الوقف إلى مدة لا يجوز فكذلك الوقف المتقطع وإن لم يتقدر بمدة لا يجوز.

مسألة:

أن يقول وقفت بعده الدار على زيد ولم يذكر آخره لم يصح لأن زيداً يموت فيصير الوقف منقطعاً وكذلك لو قال على زيد وأولاده وأولاد أولاده ما تناسلوا لأنه وقف لا يعلم تأبيده لجواز انقراضهم فصار وقفاً منقطعاً، وهكذا لو وقف على مسجد أو رباط أو نفر لأن المسجد والرباط قد يخربان ويبطلان والثغر قد يسلم أهله فصار منقطعاً حتى يقول فإن بطل فعلى الفقراء والمساكين.

وأما إن وقفه على قراء القرآن لم يكن منقطعاً، لأنهم باقون ما بقي الإسلام، وقد تكفل الله تعالى بإظهاره على الدين كله، وهكذا لو وقفه على المجاهدين في سبيل الله كان وقفاً باقياً إذا لم يكن على ثغر بعينه وإذا لم يجز بما وصفنا أن يكون الوقف مقدراً ولا منقطعاً ففيه قولان إن فعل ذلك.

أحدهما: باطل؛ ون حكم الوقف أن يكون مؤبداً، والمنقطع غير مؤبد فلم يصر وقفاً.

والثاني: أن الوقف جائز، لأنه إذا كان الأصل موجوداً لم يحتج إلى ذكر من ينتقل إليه كالوصايا والهبات.

فإذا قيل ببطلان الوقف كان ملك الواقف ولا يلزم في الأصل، ولا في غيره، وله التصرف فيه كسائر أملاكه.

وإذا قيل: بجواز الوقف كان على الأصل الموجود ما كان باقياً لا حق لواقفه فيه فإذا هلك الأصل وهو أن يموت الوقف فينقطع مسبله فلا يخلو حال الواقف في شرطه الواقفة من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يشترط تحريمها وتأبيدها.

والثاني: أن يشترط رجوعها إليه.

والثالث: أن يطلق، وإن شرط رجوعها إليه ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج وهو مذهب مالك أنهما ترجع إليه لما ذكرنا لهما من الآثار لموجب الشرط.

والثاني: وهو الأصح، لأنها لا ترجع تغليباً للحكم في الوقف على الشرط، وإن اشترط تأبيدها أو أطلق لم يرجع إليه لا يختلف، لأن تعيين الأصل قد أخرجه عن ملكه، وفي مصرفه ثلاثة أوجه:

أحدها: يصرف في وجوه الخير والبر لأنها أعم.

والثاني: في الفقراء والمساكين، لأنهم مقصود الصدقات.

والثالث: وهو مذهب الشافعي نص عليه في هذا الموضع وغيره أنه يرد على أقارب الواقف لكن أطلق المزني والربيع ذكر الأقارب ولم يفرق بين الفقراء والأغنياء، وروى حرملة أنه يرد على الفقراء من أقاربه، وكان بعض أصحابنا يخرج اختلاف الرواية على اختلاف قولين:

أحدهما: يرد على الفقراء والأغنياء من أقاربه، وهو ظاهر ما رواه المزني والربيع.

والثاني: يرجع على الفقراء منهم دون الأغنياء، وهو نص ما رواه حرملة، وقال جمهور أصحابنا: ليست الرواية مختلفة وإنما اختلاف المزني والربيع محمول على تقييد حرملة ويرد على الفقراء من أقاربه دون الأغنياء، لأنه مصرف الوقف المنقطع في ذوي الحاجة وإنما خص الأقارب صلة الرحم كالزكاة، وإذا تقرر ما وصفنا فلا يخلو حال الوقف من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون على أصل موجود وفرع موجود.

والثاني: أن يكون على أصل معدوم وفرع معدوم.

والثالث: أن يكون على أصل موجود وفرع معدوم.

والرابع: أن يكون على أصل معدوم وفرع موجود.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون على أصل موجود وفرع موجود فهو أن يقول: وقفت الدار على زيد فإذا مات فعلى الفقراء والمساكين، فهذا جائز، لأنه قد جعل زيداً أصلاً وهو موجود، والفقراء والمساكين فرعاً وهم موجودون، وهكذا إذا قال: وقفتها على زيد وأولاده وأولاد أولاده ما تناسلوا ثم على الفقراء والمساكين وإن لم يكن أولاد زيد موجودين، لأنهم تبع لموجود ويتعقبهم فرع موجود، ومن هذا الوجه صار الوقف ملحقاً بالوصايا في فرعه.

وأما القسم الثاني: وهو أن يكون أصل معدوم وفرع معدوم، فهو أن يقول: وقفتها على من يولد ثم على أولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا، فهذا وقف باطل، لأن من يولد له معدوم، ومن هذا الوجه صار ملحقاً بالهبات ثم يكون ما وقفه على ملكه قولاً، واحد بخلاف ما وقفه وقفاً مرسلاً لما ذكرنا من الفرق بين الأمرين.

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون على أصل موجود وفرع معدوم فهو ما ذكرنا من المقدر والمنقطع وفيه ما وصفنا من القولين.

وأما القسم الرابع: هو أن يكون على أصل معدوم وفرع موجود، فهو أن يقول: وقفتها على من يولد لي، ثم على أولادهم، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين، فقد اختلف أصحابنا فكان أبو علي بن أبي هريرة يخرجها على قولين كما لو كان على أصل موجود وفرع معدوم.

أحدهما: باطل لعدم أصله.

والثاني: جائز لوجود فرعه وكان أبو إسحاق المروزي يجعل الوقف باطلاً قولاً

واحداً، وهذا هو الصحيح، والفرق بين هذا وبين أن يكون على أصل موجود وفرع معدوم أن ما عدم أصله فليس له مصرف في الحال، وإنما ينتظر له مصرف في ثاني حال، فبطل وما وجد، فله مصرف في الحال، وأما ما يخاف عدم مصرفه في ثاني حال فلو قال: وقفتها على الفقراء والمساكين إلا أن يولد لي ولد فيكون الوقف له ولولده وأولادهم ما تناسلوا، وإذا انقرضوا فالفقراء والمساكين، وهذا وقف جائز، لأن الفقراء فيه أصل وفرع، وإنما جعل ما بين الأصل والفرع معدوماً، فلم يمنع من صحة الوقف، كما لو وقفه على ولد له موجود ثم على أولاده الذين لم يولدوا بعد ثم على الفقراء والمساكين كان الوقف جائزاً فهذا حكم الشرط الثاني وما تفرع عليه.

والشرط الثالث: أن يكون على جهة تصح ملكها أو التملك لها، لأن غلة الوقف مملوكة، ولا تصح إلا فيما يصح أن يكون شيء من ذلك مالكاً.

قيل: هذا وقف على كافة المسلمين وإنما عين مصرفه في هذه الجهة فصار مملوكاً مصروفاً في هذه الجهة من مصالحهم.

فعلى هذا لو قال: وقفت داري على دابة زيد لم يجز، لأن الدابة لا تملك ولا يصرف ذلك في نفقتها، لأن نفقتها تجب على المالك، وهكذا لو قال: وقفتها على دار عمرو لم يجز؛ لأن الدار لا تملك فلو وقفها على عمارة دار زيد، نظر فإن كانت دار زيد وقفاً صح هذا الوقف، لأن الوقف طاعة وحفظ عمارته قربة، فصار كما لو وقفها على مسجد أو رباط أو كانت دار زيد ملكاً طلقاً، بطل هذا الوقف عليها؛ لأن الدار لا تملك وليس استيفاؤها واجباً إذ لزيد بيعها، وليس في حفظ عمارتها طاعة، ولو وقفها على عبد زيد، نظر فإن كان الوقف على نفقة العبد لم يجز، لأن نفقته على سيده وإن كان الوقف ليكون العبد مالكاً لغلته فعلى قولين من اختلاف قوليه في العبد هل يملك إذا ملك أم لا؟ ولو وقفها على المكاتبين أو على مكاتب بعينه كان الوقف جائزاً لأن سهام الزكوات أغلظ حكماً، وفيها سهم الرقاب، ولو وقفتها على مدبر كان كالعبد وكذلك أم الولد، ولكن لو وقفها على عبده أو مدبره أو مكاتبه أو أم ولده قبل موته لم يجز؛ لأنه كالوقف على نفسه فهذا حكم الشرط الثالث.

فصل:

والشرط الرابع: أن لا يكون على معصية فإن كان على معصية لم يجز، لأن الوقف طاعة تنافي المعصية فمن ذلك أن يقفها على الزناة أو السراق أو شراب الخمر أو المرتدين عن الإسلام فيكون الوقف في هذه الجهات باطلاً، لأنها معاصي يجب الكف عنها فلم يجز أن يعان عليها فلو وقفها على رجل بعينه فكان الرجل حين وقفها عليه مرتداً فعلى الوقف وجهان:

أحدهما: باطل كما لو وقفها على من ارتد.

والثاني: جائز والفرق بين أن يقفها على مرتد فيجوز وبين أن يقفها على من ارتد فلا يجوز من وجهين:

أحدهما: أن الوقف على من ارتد، وقف على الردة، والردة معصية، والوقف على رجل هو مرتد ليس بوقف على الردة فلم يكن وقفاً على معصية.

والثاني: في الوقف على من ارتد إغراء بالدخول في الردة، وليس في الوقف على مرتد إغراء بالدخول في الردة، لأن غيره لو ارتد لم يكن له في الوقف حق، وفي المسألة الأولى لكل من دخل في الردة إن لو صح الوقف.

فأما إذا وقفها على مسلم وارتد عن الإسلام فالوقف صحيح وأبطله أهل العراق، وهذا خطأ؛ لأن أملاك المسلمين لا يبطل بالردة فصار الوقف على المرتد ينقسم على هذه الأقسام الثلاثة:

باطل: وهو أن ينفقه على من ارتد.

وجائز: وهو أن ينفقه على مسلم فيرتد.

ومختلف فيه: وهو أن يقفه على رجل مرتد.

فأما الوقف على اليهود والنصارى فجائز سواء كان الواقف مسلماً أو غير مسلم، لأن الصدقة عليهم جائزة وإن منعوا المفروض منها، فلو وقف على رجل ليحج عنه ولا يكون وقفاً على نفسه، لأنه لا يملك شيئاً من غلته، فلو ارتد عن الإسلام لم يجز أن يصرف الوقف والحج عنه لأن الحج عن المرتد لا يصح وصرف في الفقراء والمساكين، فإن عاد إلى الإسلام أعيد الوقف إلى الحج عنه، ولو وقفها في الجهاد عنه جاز، فلو ارتد الواقف عن الإسلام كان الوقف على حاله مصروفاً في المجاهدين عنه، والفرق بين الحج والجهاد أن المرتد لا يصح منه الحج ويصح منه الجهاد، فأما الوقف على الكنائس والبيع فباطل سواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً، لأنها موضوعة للاجتماع على معصية، ولوقف داراً ليسكنها فقراء اليهود ومساكينهم، فإن جعل للفقراء المسلمين ومساكينهم فيها حظاً جاز الوقف، وإن جعلها مخصوصة بالفقراء اليهود ففي صحة وقفها وجهان:

أحدهما: جائز كالوقف على فقرائهم.

والثاني: لا يجوز لأنهم إذا انفردوا بسكناها صارت كبيعهم وكنائسهم، فأما الوقف على كتب التوراة والإنجيل فباطل، لأنها مبدلة، فصار وقف على معصية، وكان بعض أصحابنا يعلل بطلان الوقف عليها بأنها كتب قد نسخت وهذا تعليل فاسد لأن تلاوة النسوخ من كتب الله تعالى وآياته خطأ ليس بمعصية ألا ترى أن في القرآن منسوخاً يتلى ويكتب كغير المنسوخ، فهذا حكم الشرط الرابع وما يتفرع عليه.

فصل:

والشرط الخامس: أن لا يعود الوقف عليه ولا شيء منه، وإن وقفه على نفسه لم

يجز، وقال أبو يوسف: يجوز وقف الرجل على نفسه وبه قال أبو عبد الله الزبيري من أصحابنا.

وقال مالك: إن شرط أول الوقف لنفسه جاز، وإن شرط جميعه لنفسه لم يجز، وبه قال أبو العباس بن سريج، واستدلوا بأن النبي ﷺ قال حين ضاق المسجد به، «من يشري هذه البقعة ويكون فيها كالمسلمين وله في الجنة خير منها»(١) فاشتراها عثمان وقال في بئر روقة من يشتريها من ماله»(٢) واشتراها عثمان رضي الله عنه واشترط فيها رشا كرشا المسلمين بأمر رسول الله ﷺ وقال الزبيري: كيف ذهب هذا على الشافعي واستدلوا بقول النبي ﷺ لصاحب البدنة: «اركبها إذا ألجئت إليها حتى تجد ظهراً»(٣) فجعل له الانتفاع بما أخرجه من ماله لله تعالى ولأن النبي ﷺ أعتق صفية، وجعل عتقها صداقها فعاد إليه بعد أن أخرجه الله، ولأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقف داراً له فسكنها إلى أن مات، وأن الزبير بن العوام جعل رباعه صدقات موقوفات فسكن منزلاً منها حتى خرج إلى العراق، ولأنه لما استوى هو وغيره في الوقف العام جاز أن يستوي هو وغيره في الوقف الخاص.

ودليلنا هو أن وقفه على نفسه لا يجوز لقوله ﷺ حبس الأصل وسبل الثمرة وبتسبيل الثمرة يمنع أن تكون له فيها حق ولأن الوقف صدقة، ولا تصح صدقة الإنسان على نفسه، ولأن الوقف عقد يقتضي زوال الملك فصار كالبيع والهبة، فلما لم تصح مبايعة نفسه ولا الهبة بها لم يصح الوقف عليها، ولأن استثناء منافع الوقف لنفسه كاستثنائه في العتق بعض أحكام الرق لنفسه فلما لم يجز هذا في العتق لم يجز مثله في الوقف، ولأن الوقف يوجب إزالة ملك باستحداث غيره وهو إذا وقف على نفسه لم يدل بالوقف ملكاً ولا استحدث به ملكاً فلم يجز أن يصير وقفاً وأما الجواب عن استدلالهم بأن عثمان شرط في بئر رومة أن لا يكون دلوه كدلاء المسلمين، فهو أن الماء على أصل الإباحة لا يملك بالإجازة فلم يقف ما اشترطه لنفسه من البئر شيئاً ولو لم يذكر ذلك لكان دلوه فيها كدلاء المسلمين وإنما ذكر هذا الشرط ليعلمهم أنه لم يستأثر بها دونهم وأنه فيها كأحدهم.

وأما الجواب عن قوله لصاحب البدنة: «اركبها إذا ألجئت إليها حتى تجد ظهراً»، فمن وجهين:

أحدهما: أنه ليس المقصود من البدنة منافعها فجاز أن يعود إليه والمقصود من الوقف منافعه فلم يجز أن يعود إليه.

---

(١) أخرجه الترمذي (٣٧٠٣)، والنسائي (٣٦٠٨)، والدارقطني (٤/ ١٩٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٩٣٥).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ١٤٤)، وابن خزيمة (٢٤٩٢)، والترمذي (٣٧٠٢)، والنسائي (١١٩٣٤)، وابن أبي شيبة (١٢/ ٥٣).

(٣) تقدم تخريجه.

والثاني: أنه لما جاز في البدنة أن يأكل منها من غير شرط جاز أن يعود إليه منافعها ولا يجوز في الوقف أن يعود إليه شيء منه يعتبر شرط، فكذلك لا يعود إليه بالشرط، وأما الجواب عن عتقه لصفية فهو أن العتق على عوض جائز والوقف على عوض غير جائز.

وأما سكنى عمر والزبير رضي الله عنهما وما وقفاه فقد يجوز أن تكون سكناهما بعد استطابة نفوس أربابه، لأن نفس من وقف عليه لا يأتي إرفاق الوقف به، ولو منعه لامتنع أو يكون قد استأجر ذلك من واقفه.

وأما الوقف العام فسنذكر من حكمه ما يكون جواباً عنه.

فصل:

وإذا تقرر أن وقف الإنسان على نفسه لا يجوز فلا يخلو حال الواقف على نفسه من أحد أمرين إما أن يكون عاماً أو خاصاً، وإن كان خاصاً فعلى قسمين:

أحدهما: أن يقول: وقفته على نفسي ثم على الفقراء والمساكين، ولا يجوز أن يكون وقفاً لنفسه، وهل يبطل أن يكون وقفاً للفقراء والمساكين؟ فعلى قولين:

أحدهما: أنه باطل؛ لأنه فرع لأصل باطل.

والثاني: جائز؛ لأنهم صاروا فيه أصلاً عند بطلان الأصل، فعلى هذا هل يستحقونه قبل موته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنهم لا يستحقون إلا بعد موته اعتباراً بظاهر شرطه ويكون أحق بغلته منهم.

والثاني: أنهم يستحقون الوقف في الحال وإلا صار وقفاً بعد مدة، ولأنه لو صارت الغلة إليه قبل موته لصار وقفاً على نفسه ومعمولاً فيه على شرطه. وإن كان الوقف عاماً فعلى ضربين:

أحدهما: أن تكون منافعه مباحة كمرافق المسجد وماء البئر فهذا يكون فيه كغيره من المسلمين سواء شرط ذلك لنفسه أو لم يشترط استدلالاً بوقف عثمان رضي الله عنه ولقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون شركاء في ثلاث».

والثاني: أن تكون منافعه ليست على أصل الإباحة كثمار النخل والشجر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يطلقه ولا يشترط لنفسه شيئاً منه كرجل وقف نخلاً على الفقراء والمساكين وأبناء السبيل وصار من جملتهم، دخل فيه وجاز أن يأكل منها كأحدهم؛ لأنه من جملتهم بوصفه لا بعينه فلم يكن ذلك وقفاً عليه؛ لأنه على موصوفين لا على معنيين فيساوي من شاركه في حقه.

والثاني: أن يشترط لنفسه أن يأكل منها غنياً أو فقيراً كان فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج والزبيري، أنه يجوز لأنه قد أخرجه عاماً فجاز أن يدخل في العموم بعينه كما يدخل فيه بوصفه.

والثاني: وهو مذهب الشافعي رحمه الله أنه لا يجوز أن يدخل فيه بعينه كما لم يجز أن يدخل في الخاص بعينه، فإذا قلنا: يجوز دخوله فيه على الوجه الأول ففيه وجهان:

أحدهما: أنه حق قائم على التأبيد يخلقه فيه ورثته وورثة ورثته ما بقوا فإذا انقرضوا عاد حينئذٍ على جماعة الفقراء والمساكين.

والثاني: أنه مقدر بمدة حياته فإذا مات عاد إلى الفقراء دون ورثته إلا أن يكونوا من جملة الفقراء وإذا قيل إنه يجوز دخوله فيهم بعينه فهل يكون ما جعله من ذلك لنفسه باقياً على ملكه أم داخلاً في عموم وقفه على وجهين:

أحدهما: أنه باق على ملكه، لأن الوقف بطل فيه وصح فيما سواه.

والثاني: أنه دخل في عموم وقفه؛ لأن الوقف بقي في الجميع وإنما بطل الاستثناء في الحكم.

فصل:

فلو وقف وقفاً على ولده ثم على ورثة ولده، ثم على الفقراء والمساكين فمات الولد وكان الأب الواقف أحد ورثته فهل يرجع عليه قدر ميراثه منه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع عليه وهو قول ابن سريج والزبيري.

والثاني: لا يرجع ولا على الباقين من ورثته؛ لأن الورثة إنما يأخذون منه قدر مواريثهم ولا يأخذون ميراث غيرهم، ويرد على الفقراء ثم ينظر فيما جعله لورثة ولده من بعده فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يجعله لهم على قدر مواريثهم فيكون بينهم كذلك.

والثاني: أن يجعله بينهم بالسوية فيكون كذلك يستوي فيه الذكر والأنثى والزوجة والولد.

والثالث: أن يطلق فيكون بينهم بالسوية؛ لأن الأصل التساوي في العطايا فلم يشترط التفاضل، فلو وقف وقفاً على ورثة زيد، وكان زيد حياً فلا حق فيه لأحد منهم؛ لأن الحق لا يكون موروثاً وإنما يسمى أهله ورثة على طريق المجاز دون الحقيقة وإذا كان كذلك صار وقفاً على أصل معدوم فيكون على ما مضى، ولو كان زيد ميتاً كان ذلك وقفاً صحيحاً على ورثته ثم يكون على الأحوال الثلاث في التساوي والتفضيل.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَهِيَ عَلَى مَا شَرَطَ مِنْ الأَثَرَةِ وَالتَّقْدِمَةِ».

قال في الحاوي: اعلم أن الوقف عملية يرجع فيها إلى شرط الواقف فإذا وقف أولاده وكانوا موجودين ثم على الفقراء صح الوقف إن كان في الصحة وبطل على أولاده

(١) انظر الأم (٣/ ١١٩).

إن كان في مرض الموت لأنهم ورثة وفي بطلانه على الفقراء قولان، ثم إذا كان الواقف على أولاده في الصحة فأمضياه دخل فيهم الذكور والإناث والخناثى؛ لأنه كلهم أولاده؛ فإن فضل الذكور على الإناث أو فضل الإناث على الذكور حملوا على تفضيله وهكذا لو فضل الصغار على الكبار أو الكبار على الصغار، وإن أطلق سوى بينهم ولا يفضل ذكر على أنثى ولا صغير على كبير ولا غني على فقير ولا شيء لأولاد أولاده إذا كان وقفه على أولاده، ويكون للفقراء والمساكين، وبه قال أهل العراق.

وقال مالك إذا وقف على أولاده دخل فيه أولاد أولاده وإن سفلوا؛ لأنهم من أولاده وبه قال بعض أصحابنا وخرجه أبو علي الطبري قولاً للشافعي؛ لأن اسم الولد ينطلق عليهم وهذا خطأ؛ لأن الأحكام تتعلق بحقائق الأسماء دون مجازها وحقيقة اسم الولد ينطلق على ولد الصلب دون ولد الولد.

فصل:

ولو وقف وقفاً على أولاده وأولاد أولاده، كان ذلك للبطن الأول من أولاد صلبه وللبطن الثاني وهم أولاد أولاده يشترك البطن الثاني والبطن الأول فيه إلا أن يقول ثم على أولادهم أو يقول بطناً بعد بطن، ولا يشترط البطن الثاني والبطن الأولى حتى إذا انقرض البطن الأول أخذ البطن الثاني حينئذٍ فإذا انقرض البطن الثاني فلا حق فيه للبطن الثالث، وينتقل إلى الفقراء والمساكين، وعلى قول مالك ومن تابعه من أصحابنا يكون لمن يأتي بعدهم من البطون ولا ينتقل إلى الفقراء إلا بعد انقراضهم، وإن سفلوا فلو قال: على أولادي وأولاد أولادي وأولاد أولاد أولادي استحق ثلاثة أبطن من ولده ثم ينتقل بعد البطن الثالث إلى الفقراء والمساكين ثم يشارك كل بطن لمن بعده إلا أن يرتب فيكون على الترتيب، فلو قال: على أولادي وأولاد أولادي أبداً ما بقوا وتناسلوا استحقه كل بطن يحدث من ولده، فإن رتب كان على ترتيبه، وإن أطلق شارك البطن الأعلى البطن الأسفل ولا حق للفقراء فيه ما بقي أحد من ولده وإن سفل فإذا انقرض جميعهم صار للفقراء والمساكين.

فصل:

وإذا كان الوقف على أولاده وأولاد أولاده دخل فيهم ولد البنين مع البنات.

وقال مالك: لا يدخل فيهم أولاد البنين دون أولاد البنات؛ لأن أولاد البنات لا ينسبون إليه فلم يكونوا من ولده واستشهد بقول الشاعر[1]:

بَنُونَا بَنُوا أَبْنَائِنَا وَبَنَاتَنَا ... بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الأَبَاعِدِ

(١) البيت من الطويل، وهو للفرزدق في خزانة الأدب (١/ ٤٤٤)، وبلا نسبة في الإنصاف (١/ ٦٦)، وأوضح المسالك (١/ ١٠٦)، وتخليص الشواهد (ص١٩٨)، والحيوان (١/ ٣٤٦)، والدرر (٢/ ٢٤)، وشرح الأشموني (١/ ٩٩)، وشرح التصريح (١/ ١٧٣)، وشرح شواهد المغني (٢/ ٨٤٨)، وشرح ابن عقيل (ص١١٩)، وشرح المفصل (١/ ٩٩)، ومغني اللبيب (٢/ ٤٥٢).

والدليل على أن أولاد بناته هم خير أولاد أولاده، هو أن البنات لما كن من أولاده كان أولادهن أولاد أولاده وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال في الحسن إن ابني هذا سيد فسماه ابناً.

فصل:

فلو قال: وقفت هذه الدار على نسلي، أو قال على عقبي، أو على ذريتي، دخل فيهم أولاد البنين وأولاد البنات وإن بعدوا، لأنهم من نسله وعقبه وذريته قال الله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ وَأَيُّوبَ وَيُوسُفَ وَمُوسَىٰ وَهَـٰرُونَ ۚ وَكَذَٰلِكَ نَجْزِى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٨٤﴾ وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَىٰ وَعِيسَىٰ﴾ [الأنعام: ٨٤ ـ ٨٥] فجعل عيسى من ذريته وهو إنما نسب إليه بأم لا بأب، ولكن لو وقفها على مناسبة، لم يدخل فيهم أولاد بناتهم؛ لأنهم ينسبون إلى آبائهم دون أمهاتهم لكن يدخل فيهم الذكور والإناث من أولاد البنين دون أولاد البنات، ولكن لو قال: على عصبتي لم يدخل فيهم إلا الذكور ومن أولاده وأولاد بنيه دون الإناث.

فصل:

ولو قال: وقفت هذه الدار على بني لم يشركهم بناته ولا الخناثى، ولو قال: على بناتي لم يشاركهم بنوه ولا الخناثى، ولو قال: على بني وبناتي، دخل فيه الفريقان وفي دخول الخناثى فيهم وجهان:

أحدهما: لا يدخلون فيهم، لأنهم لا يدخلون في البنين ولا في البنات.

والثاني: يدخلون فيهم، لأنهم لا يخلو من أن يكونوا من البنين أو من البنات، وإن كانوا عندنا مشكلين فهم عند الله عير مشكلين.

فصل:

ولو قال: وقفتها على بني فلان، فإن أشار إلى رجل لا إلى قبيلة اختص ذلك بالذكور دون الإناث، ولو أشار إلى قبيلة كقوله: على بني تميم ففي دخول البنات فيهم وجهان:

أحدهما: يدخلون تغليباً لحكم القبيلة.

والثاني: لا يدخلون تغليباً لحقيقة الاسم، ولو قال: على بنات فلان، لم يدخل فيهم الذكور سواء أراد رجلاً أو قبيلة، والفرق بينهما أنه حد يجمع بين الذكور والإناث باسم الذكور ولا يجمع بينهما باسم الإناث.

فصل:

ولو وقفها على أهل بيته ففيهم ثلاثة أوجه:

أحدها: من ناسبه إلى الجد.

والثاني: من اجتمع معه في رحم.

والثالث: كل من اتصل منه بنسب أو سبب قال النبي ﷺ «سلمان منا أهل البيت»[(١)] ولو وقفها على آله ففيهم وجهان:

أحدهما: أنهم أهل بيته.

والثاني: أنهم من دان بدينه.

فصل:

ولو وقفها على أقرب الناس به فهم المولودون، يقدم الأقرب منهم فالأقرب، يستوي فيه الذكور والإناث وأولاد الذكور وأولاد الإناث، ثم الوالدون، يستوي فيهم الآباء والأمهات ثم يستوي بعدهم الأجداد والجدات من قبل الآباء والأمهات، وفي تقديم الإخوة على الجد قولان:

أحدهما: يقدمون.

والثاني: يستوون ثم يقدم الإخوة على الأعمام، ويسوي بين الأخوال والأعمام، ويسوي بين ولد الأب وولد الأم وهل يفضل عليهما ولد الأب والأم على قولين.

فصل:

وإن وقفها على مواليه فإن ذكر مولى من أعلى فهي له دون من سفل، وإن ذكر مولى من أسفل فهي له دون من علا، وإن أطلق ففيه ثلاثة أوجه حكاهما أبو سعيد الإصطخري:

أحدهما: يكون لمن علا وهو المعتق لأنه المنعم.

والثاني: يكون لمن سفل وعلا لاشتراكهما في اسم المولى.

والثالث: أن الوقف باطل لامتياز الفريقين واستواء الأمرين.

فصل:

ولو وقفها على عياله فهم من في نفقته وإن كان فيهم والد وولد، ولو وقفها على حاشية فهم من في نفقة سوى الوالد والولد، ولو وقفها على حاشيته فهم المتصلون بخدمته.

مسألة[(٢)]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَ أَهْلِ الغِنَى وَالحَاجَةِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح للواقف أن يشرك في وقفه بين الأغنياء والفقراء وله

---

(١) أخرجه الحاكم (٣/ ٥٩٨)، والطبراني في «الكبير» (٦/ ٢٦١)، والطبري في تفسيره (٢١/ ٨٥)، والبيهقي في «دلائل النبوة» (٣/ ٤١٨).

(٢) انظر الأم (٣/ ١١٩).

أن يخص به الفقراء دون الأغنياء وله أن يخص به الأغنياء دون الفقراء، ولو قال وقفت داري على الفقراء من بني تميم دفع من عليها إلى كل من ادعى الفقر منهم فإن جهلت حاله ما لم يعلم غناء ولا يكلف البينة على فقره؛ لأن الأصل في الناس العدم، ولو وقفها على الأغنياء منهم لم يدفع إلى من ادعى الغنى منهم عند الجهل بحاله إلا ببينة يشهد له بالغنى لأنه يدعي حدوث ما لم يعلم.

فصل:

فلو وقفها على من استغنى منهم لم يستحقها إلا من كان فقيراً، ثم استغنى فأما من لم يزل غنياً فلا حق له فيها؛ لأن الاستغناء يقتضي حدوث الغنى، ولا يدفع إلى من ادعى ذلك إلا ببينة ولو وقفها على من افتقر لم يستحقها إلا من كان غنياً ثم افتقر، ولا يدفع إلى من ادعى ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فقراً بعد غنى.

فصل:

فلو وقفها على فقر أهله فكان منهم صبي فقير له أب غني أو امرأة فقيرة لها زوج غني أو رجل فقير له ابن غني، فكل هؤلاء من فقراء المستحقين لها، وكذلك لو كان فيهم من لا مال له وهو يشتغل بعمل يديه كان من فقراء الوقف، وإن لم يكونوا من فقراء الزكاة، ألا ترى أنهم يكفرون بالصيام تكفيرهم الفقراء.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَمِنْ إِخْرَاجِ مَنْ أَخْرَجَ مِنْهَا بِصِفَةٍ وَرَدَّهُ إِلَيْهَا بِصِفَة».

قال في الحاوي: وهذا صحيح وهو على ضربين:

أحدهما: أن يخرج من أخرج منها ويدخل من أدخله فيها بصفة فيشترطها وإذا وجدت دخلت فيها بوجود الصفة، وإذا عدمت خرج منها بعدم الصفة فهذا جائز وهو على شرطه فيه محمول كقوله: وقفتها على أغنياء بني تميم، فمن استغنى من الفقراء أدخل فيه بعد أن كان خارجاً منه ومن افتقر من الأغنياء خرج منها بعد أن كان داخلاً فيها.

والثاني: أن يخرج من أخرج منها باختياره ويدخل من أدخل فيها باختياره كأنه قال قد وقفت داري هذه على من شئت على أن أدخل في الوقف من أشاء، وأخرج منه من أشاء ففيه وجهان:

أحدهما: جائز كما لو أدخله بصفة وأخرجه بصفة.

والثاني: هو أصح؛ لأنه لا يجوز ويكون الوقف باطلاً؛ لأنه لا يكون على موصوف ولا معين فإذا قيل: لا يجوز كان الوقف باطلاً إلا أن يجعل آخره على الفقراء،

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١٩).

فيكون على القولين، وإذا قيل بجوازه صح إن كان قد سمى فيه عند عقد الوقف قوماً، ثم له يدخل من شاء ويخرج من شاء وإذا فعل ذلك مرة واحدة فهل له الزيادة عليها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: ليس له؛ لأنه قد فعل ما شاء، وله شرطه وقد استقر.

والثاني: له أن يفعل ذلك مراراً ما عاش وبقي لعموم الشرط، فإذا مات فقد تعين، على من فيه عند موته من أدخل فيه فقد استقر دخوله فلا يجوز أن يخرج منه ومن أخرج منه فقد استقر خروجه ولا يجوز أن يدخل فيه.

فصل:

ولو قال وقفتها على الأرامل فهم النساء اللاتي لا أزواج لهن، وفي اعتبار فقرهن ما ذكرناه في اليتامى إن خص أرامل قبيلة لم يراعى فقرهن، وإن عم وأطلق ففيه وجهان، وهل يدخل فيهم الرجل الذين لا أزواج لهم؟ على وجهين:

أحدهما: لا يدخلون، اعتباراً بالعرف في الاسم.

والثاني: يدخلون اعتباراً بحقيقة اللغة، وصريح اللسان وأن الأرامل الذي لا زوج له من الرجال والنساء قال الشاعر[1]:

كُلُّ الأَرَامِلِ قَدْ قَضَّيْتَ حَاجَتَهَا فَمَنْ لِحَاجَةِ هَذَا الأَرْمَلِ الذَّكَر

فصل:

ومن وقفها على الغلمان فهم من لم يبلغ من الذكور، ولو وقفها على الجواري فهم من لم يبلغ من الإناث، ولو وقفها على الفتيان فهم من قد بلغ إلى ثلاثين سنة، وكذا لو وقفها على الشباب فهم كالفتيان ما بين البلوغ والثلاثين، ولو وقفها على الكهول فهم من له من بين الثلاثين والأربعين، وقد قيل: في تأويل قوله تعالى: ﴿وَكَهْلًا وَمِنَ الصَّالِحِينَ﴾ [آل عِمرَان: ٤٦] أنه كان ابن ثلاثين سنة، ولو وقفها فهم من تجاوز الأربعين.

فصل:

ولو وقفها على جيرانه فقد اختلف الناس في الجيران، فقال بعضهم: من ليس بينك وبينهم درب يعلق وقال آخرون: من صلى معك في مسجدك ودخل معك إلى حمامك، وقال آخرون: من كان بينك وبينه أربعون داراً، ومذهب الشافعي أنهم من نسبوا إلى سكنى محلتك، وسواء من كان منهم مالكاً أو مستأجراً ويسوى بين أغنيائهم وفقرائهم وجهاً واحداً ما لم يميز لأنه ليس من الشيوع تخصيص الجواز بالفقر.

---

(١) البيت من البسيط، وهو لجرير في لسان العرب (١١/ ٢٩٧ ـ رمل)، ومقاييس اللغة (٢/ ٤٤٢)، ومجمل اللغة (٢/ ٤٢٢)، وكتاب العين (٨/ ٢٦٦)، وأساس البلاغة (رمل)، وتاج العروس (رمل).

فصل:

ولو وقفها على قراء القرآن أعطى من قراءة كله، وإن لم يكن حافظاً ولا يعطى من قرأ بعضه إلا أن يقول: من قرأ قرآناً فيعطى منه من قرأ ولو بعض آية، وهو قدر ما يمنع من الجنب ولو وقفه على حفاظ القرآن لم يعط من نسيه بعد حفظه.

فصل:

ولو وقفها على العلماء فهم علماء الدين لأنهم في العرف العلماء على الإطلاق دون القراء وأصحاب الحديث، لأن العلم ما تصرف من معانيه لا ما كان محفوظ التلاوة.

فصل:

ولو وقفها في سبيل الله فهم الغزاة، ولو وقفها في سبيل الثواب فهم القرابات فقيرهم وغنيهم قال النبي ﷺ: «صدقتك على ذي رحمك صدقة وصلة» ولو وقفها في سبيل الخير والبر فهم سهمان للصدقات وقيل يدخل فيهم الضيف والسائل والمعير وفي الحج.

فصل:

فلو وقفها على أنه إن احتاج إليها باعها أو رجع فيها أو أخذ غلتها فهو وقف باطل، وأجازه مالك استدلالاً بقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم» فكان علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقف وكتب هذا ما وقفه علي بن أبي طالب وقف عين أي ابتغاء ثواب الله وليدفع الله بها عن وجهه حر جهنم على أنه متى احتاج الحسن أو الحسين إلى بيعها بدين أو نيابة فلهما بيع ما رأياه منها، فاحتاج الحسن إلى بيعها لدين ثم ذكر قوله: «ليدفع الله بها عن وجهه حر جهنم» فامتنع والدلالة على بطلان الوقف قوله ﷺ: «حبس الأصل وسبل الثمرة» ولأن الشروط المنافية للعقود مبطلة لها إذا اقترنت بها كالشروط المبطلة كسائر العقود، ولأنه لم يؤيد الوقف ولا حرمه فلم يصح كالقدر إلى وقت بل هذا أفسد لأنه بموته أجهل، فأما علي رضي الله عنه إن صح ما ذكر فيه فمحمول على بيع ما رأياه من غلته لا من أصله وحكى ابن سريج في هذا الوقف وجهاً آخر أن الشرط باطل والوقف جائز وليس له بيعه أبداً.

فصل:

فإذا وقفها على زيد وعمرو على أن لزيد منها النصف، ولعمرو منها الثلث كانت بينهما على خمسة أسهم ويرجع السدس الفاضل عليهما بالرد فيكون لزيد ثلاثة أخماسها ولعمرو خمسيها ولو وقفها على أن لزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولم يقل في أصل الوقف إنها عليهما كان لكل واحد منهما ما سمى له وكان السدس الفاضل إذا صح الوقف فيه للفقراء

والمساكين ولا يرجع عليهما، ولو وقفها على أن لزيد نصفها ولعمرو ثلثها قسمت بينهما على أربعة أسهم فيكون لزيد منها ثلاثة أسهم، ولعمرو سهم فلو وقفها على زيد ثم على عمرو ثم على بكر ثم على الفقراء والمساكين يقسم بينهم على شرطه فكانت لزيد فإذا مات فلعمرو فإذا مات فلبكر فإذا مات فللفقراء فإذا مات عمرو قبل زيد ثم مات زيد فلا حق فيهما لبكر وكانت للفقراء والمساكين، لأن بكراً رتب بعد عمرو، وجعل لم ما كان لعمرو، وعمرو بموته قبل زيد لم يستحق فيه شيئاً فلم يجز أن يملك بكر عنه شيئاً.

فصل:

الولاية على الوقف مستحقة فإن شرطها الواقف في وقفها كانت لمن شرطها له سواء شرطها لنفسه أو لغيره وإن أعقل اشتراطها ففيه ثلاثة أوجه ذكرناها من قبل.

أحدها: أنها للواقف استصحاباً بما كان عليه من استحقاقها على ملكه واستشهاداً بولاء عتقه.

والثاني: للموقف عليه إلحاقاً بملك المنافع وتغليباً لحكم الأخص.

والثالث: أنها للحاكم وله ردها إلى من شاء لعموم ولايته ولزوم نظره، فعلى هذا لو أن الواقف جعلها للأفضل والأفضل من بينه كانت لأفضلهم، فلو استقرت له فحدث فيهم من هو أفضل لم ينتقل وإنما يراعي الأفضل فيهم عند استحقاق الولاية إلا أن يتغير حال الفاضل فيصير مفضولاً فتنتقل الولاية إلى من هو أفضل منه، فلو جعلها للأفضل من ولده فهل يراعي الأفضل من البنين والبنات أم يراعي الأفضل من البنين دون البنات؟ على وجهين:

أحدهما: يراعي أفضل الفريقين، لأن كلهم ولد.

والثاني: يراعي أفضل البنين دون البنات لأن الذكور أفضل من الإناث ولو جعلها لا بنين من أفاضل ولده فلم يكن فيهم من ينطلق عليه هذه الصفة إلا واحداً لم يقتصر على نظره وحده وضم الحاكم إليه أميناً من غيره ولده، لأن الواقف لم يرض بأمانة واحدة ولو لم يكن منهم مستحق لها اختار الحاكم أمينين يكونا والبين وهكذا لو كان منهم فاضلان فلم يقبلا الولاية اختار للولاية غيرهما فإن طلبا الولاية بعد ردها لهما فإن لم يكونا من أهل الوقف بطلت ولا يتهما بالرد ولم يعد إليهما بالطلب كالوصية، وإن كانا من أهله فعلى وجهين من اختلافهم لو لم يكن في الولاية شرط هل يكون الموقف عليه بالولاية أحق.

أحدهما: قد بطلت ولايتهما إذا قيل إنها مع عدم الشرط بغيرهما.

والثاني: هما أحق بها إذا قيل لو لم يكن شرط أنها لهما.

فصل:

فإذا اختلف أرباب الوقف في شرطه وتنازعوا في ترتيب أو تفاضل ولا بينة لبعضهم

على بعض اشتركوا جميعاً فيه بالسوية من غير ترتيب ولا تفاضل وإن طلب بعضهم أيمان بعض لزمت، فلو كان الواقف حياً كان قوله فيه مقبولاً ولا يمين عليه، ولو مات وكان وارثه باقياً كان قول وارثه فيه مقبولاً، فلو لم يكن واقف ولا وارث، وكان والٍ عليه نظر في ولايته فإن كانت من قبل حاكم لم يرجع إلى قوله في شركاء الوقف، وإن كان من قبل الواقف رجع إلى قوله في شروطه عند اختلاف أهله، فلو اختلف الوالي عليه والوارث فأيهما أحق بالرجوع إلى قوله على وجهين:

أحدهما: الوارث لأنه يقوم مقام الواقف.

والثاني: الوالي لأنه أخص بالنظر فلو جعل الواقف للوالي عليه جعلا وكان أكبر من أجرة مثله صح، وكان له ما سمى من أجل العلة والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَمِنْهَا فِي الحَيَاةِ الهِبَات وَالصَّدَقَات غَيْرُ المُحَرَّمَاتِ وَلَهُ إِبْطَالُ ذَلِكَ مَا لَمْ يَقْبِضْهَا المُتَصَدِّقُ عَلَيْهِ وَالمَوْهُوبُ لَهُ فَإِنْ قَبَضَهَا أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ بِأَمْرِهِ فَهِيَ لَهُ».

قال في الحاوي: وقد مضى الكلام في الأوقاف وسنذكر أحكام الهبات وهي من العطايا الجائزة بدليل الكتاب والسنة والإجماع قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المَائدة: ٢] والهبة بر، وقال: ﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ﴾ [البَقَرَة: ١٧٧] الآية يعني به الهبة والصدقة وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لو أهدي إليّ ذراع لقبلت ولو دعيت إلى كراع لأجبت»(٢) وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «تهادوا تحابوا»(٣) وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «إننا نقبل الهدية ونكافىء عليها»(٤) وأجمع المسلمون على إباحتها، وقيل: إن الهدية مشتقة من الهداية، لأنه اهتدى بها إلى الخير والتآلف.

فصل:

وإذا تقرر إباحة الهبة بما ذكرنا فتكون بخمسة أشياء بموهوب وواهب وموهوب له وعقد وقبض.

وأما الشيء الموهوب فهو كل شيء صح بيعه جازت هبته، وذلك ما اجتمعت عليه أربعة أوصاف أن يكون مملوكاً وإن كان غير مملوك وإن كان غير مملوك من وقف أو طلق لم يجز وأن يكون معلوماً عليه أربعة أوصاف أن يكون مملوكاً وإن كان غير مملوكاً من

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١٩).

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٦٨، ٥١٧٨)، والترمذي (١٣٨٨).

(٣) أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (ص١٧٤ برقم ٥٩٤)، ومالك في «الموطأ» (٩٠٨)، وابن عبد البر في «التمهيد» (٦/ ١١٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٩٤٦، ١١٩٤٧).

(٤) أخرجه البخاري (٢٥٨٥).

وقف أو طلق لم يجز وأن يكون معلوماً فإن كان مجهولاً لم يجز، وأن يكون حاضراً، فإن كان غائباً لم يجز لا يمنع من نقل ملكه مانع، فإن منع منه مانع كالمرهون وأم الولد لم يجز فهذا حكم الموهوب، ولا فرق بين المحوز والمشاع سواء كان مما ينقسم ولا ينقسم.

وقال أبو حنيفة: هبة المشاع الذي لا ينقسم جائزة والمشاع الذي ينقسم باطلة ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النِّسَاء: ٤] ولأن كل ما جاز بيعه جازت هبته كالمحوز.

فصل:

وأما الواهب فهو كل مالك جائز التصرف، فإن كان غير مالك كالغاصب لم يجز، وإن كان مالكاً عنه جائز التصرف كالسفيه والمولى عليه لم يجز، وإن كان محجوراً عليه بالفلس فعلى قولين.

فصل:

وأما الموهوب له فهو من صح أن يحكم له بالملك أن يكون موهوباً له من صغير وكبير ومجنون ورشيد فأما من لا يصح أن يحكم له بالملك كالحمل والبهيمة ولا يصح أن يكون موهوباً له، فأما العبد ففي صحة كونه موهوباً قولان من اختلاف قوليه هل يملك إذا ملك أم لا؟

فصل:

فأما العقد فهو بدل من الواهب، وقبول من الموهوب له، أو من يقوم فيه من ولي ووكيل، فإذا قال الواهب قد وهبت فتمامه أن يقول: الموهوب على الفور: قد قبلت، فإذا لم يقبل لم يتم العقد، وقال الحسن البصري: القبول غير معتبر في عقد الهبة كالعتق، وهو قول شذ به عن الجماعة، وخالف به الكافة إلا أن يريد به الهدايا فللهدية في القبول حكم يخالف قبول الهبات نحن نذكره من بعد.

والدليل على أن عقد الهبة لا يتم إلا بالقبول أن النبي ﷺ أهدى إليه النجاشي مسكاً فمات النجاشي قبل وصول المسك إليه فعاد المسك إليه فقسمه بين نسائه ولو صار المسك للنجاشي لما استحل ذلك ولأوصله إلى وارثه، ولأنه تمليك تام ينتقل عن حي فافتقر إلى قبول كالبيع، وفارق العتق من حيث إن المعتق لو ورد العتق لم يبطل والموهوب له لو ورد الهبة بطلت فلذلك ما افتقرت الهبة إلى قبول ولم يفتقر العتق إلى قبول، فعلى هذا لو قال: قد وهبت لك عبدي هذا إن شئت فقال: قد شئت، لم يكن قبولاً حتى يقول: قد قبلت، فيصح العقد وإن كان معلقاً بمشيئته، لأنها إنما تكون هبة له إن شاءها، ولو قال الموهوب له: قد قبلته إن شئت، لم يصح، لأن قبول الهبة إنما يكون إلى مشيئة القابل دون الباذل فلو ابتدأ الموهوب له فقال: هب لي عبدك إن شئت فقال:

قد شئت لم يكن ذلك بدلاً حتى يقول قد وهبت فلو قال: قد وهبت إن شئت لم يجز لأن بذل الهبة إنما يكون إلى مشيئة الواهب دون الموهوب له.

فصل:

وأما القبض فهو من تمام الهبة لا تملك إلا به وهو قول أهل العراق. وقال مالك وداود: الهبة تتم بالعقد ويؤخذ الواهب جبراً بالقبض استدلالاً بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وبما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»[١] قالوا: ولأنها عطية فوجب أن لا تفتقر إلى قبض كالوصية.

ودليلنا أن النبي ﷺ حين أهدى إلى النجاشي ثلاثين أوقية مسكاً قال لأم سلمة إن النجاشي قد مات وسيرد علي فأعطيك فلما رد عليه أعطى كل واحدة من نسائه أوقية ودفع باقيه إلى أم سلمة فلولا أنه بالقبض يملك لما استجاز رسول الله ﷺ أن يتملكه ويتصرف فيه، وروى الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أن أباها نحلها جداد عشرين وسقاً من ماله فلما حضرته الوفاة جلس فتشهد وحمد الله وأثنى عليه ثم قال أما بعد فإن أحب الناس غنى بعدي لأنت وإن أعز الناس فقراً بعدي لأنت، وإني قد نحلتك جداد عشرين وسقاً من مالي ووددت لو كنت حزينة وإنما هو اليوم مال الوارث وإنما هو أخواك وأختاك، قالت: هذا أخواي فمن أختاي؟ قال: ذو بطن ابنة خارجة فإني أظنها جارية قالت: لو كان ما بين كذا وكذا لرددته ذلك من قوله على أن الهبة لا تتم إلا بالقبض[٢]. وروي أن عمر رضي الله عنه قال: ما لي أراكم تنحلون لا نحل إلا ما أجازه المنحول[٣]، ولا مخالف لهما في الصحابة ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فوجب أن يفتقر إلى القبض كالقرض ولأنه عقد لا يلزم الوارث إلا بالقبض، فوجب أن لا يلزم الموروث إلا بالقبض كالرهن طرداً والبيع عكساً.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] فهو أن المراد به لازم العقود ولزوم الهبة ركوب بالقبض لا بالعقد وقوله ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه» محمول على ما بعد القبض.

وأما قياسهم على الوصية فالمعنى في الوصية أنها لما لزمت الوارث لزمت الموروث، والهبة قبل القبض لما لم تلزم الوارث لم تلزم الموروث.

فصل:

فإذا ثبت أن القبض شرط في لزوم الهبة فهو مختلف بحسب اختلاف المقبوضات

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٥٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٩٤٨)، وفي «معرفة السنن» (٣٧٨١).

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٥٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٩٤٩).

فكل ما كان قبضاً في البيع كان قبضاً في الهبة إلا أن في البيع لو قبض ما دفع ثمنه بغير إذن بائعه صح في الهبة لو قبضها بغير إذن بائعه صح في الهبة لو قبضها بغير إذن الواهب لم تصح والفرق بينهما أن الرضى غير معتبر في قبض البيع فصح وإن كان بغير إذنه والرضى معتبر في قبض البيع فصح وإن كان بغير إذنه والرضى معتبر في قبض البيع فصح وإن كان بغير إذنه والرضى معتبر في قبض الهبة فلم يصح إلا بإذنه فلو كان الشيء الموهوب في يد الموهوب له فلا بد أن يمضي عليه بعد عقد الهبة زمان القبض، وهل يحتاج أن يأذن له فيه أم لا؟ قال الشافعي: تمت الهبة بالعقد ومضى زمان القبض ولم يفتقر إلى إذن بالقبض، وقال في الرهن إذا كان في يد المرتهن أنه لا بد أن يأذن له في القبض فكان أكثر أصحابنا ينقلون جواب كل من المسألتين إلى الأخرى ويخرجونها على قولين:

أحدهما: لا يحتاج فيهما إلى إذن بالقبض على ما نص عليه في الهبة، ويكون العقد فيهما إذناً بقبضهما.

والثاني: لا بد فيهما من الإذن بالقبض على ما نص عليه في الرهن، وقال بعض أصحابنا ليس ذلك على قولين بل الجواب على ظاهره في الموضعين يحتاج في الرهن إلى إذن بالقبض ولا يحتاج في الهبة إلى إذن بالقبض والفرق بينهما أن الهبة تزيل الملك فقوي أمرها فلم تحتج في الهبة إذن بالقبض والرهن أضعف منها لأنه لا يزيل الملك وافتقر إلى إذن بالقبض.

فصل:

وليس من شرط القبض أن يكون على الفور بل إن كان على التراضي ولو بعد طويل الزمان جاز، فإذا قبض الهبة ففيما استقر به ملكها قولان:

أحدهما: أن القبض هو الملك فعلى هذا لو حدث من الشيء الموهوب نماء كثمرة نخل ونتاج وماشية فهو للواهب دون الموهوب.

والثاني: أن القبض يدل على ما تقدم الملك بالعقد فعلى هذا يكون ما حدث من النماء ملكاً للموهوب له دون الواهب فإن كان الواهب قد استهلكه قبل تسليم الأصل لم يضمنه ويكون استهلاكه رجوعاً فيه أنه لو كان هبة ولو استهلكه وقد حدث بعد تسليم الأصل ضمنه.

فصل:

فأما الهدايا فهي مخالفة للهبات في حكمها لأن في الهبة عقداً بالقول يفتقر إلى بدل وقبول وليس في الهبة عقد يفتقر إلى بدل وقبول بل إذا دفعها المهدي إلى المهدى إليه، فقبلها منه بالرضى والعقد فقد ملكها، وهكذا لو أرسلها المهدي مع رسوله جاز للمهدي

إليه إذا وقع في نفسه صدق الرسول أن يقبلها فإذا أخذها من الرسول أو أذن لغلامه في أخذها من الرسول أو قال للرسول ضعها موضعها استقر ملك المهدي إليه الهبة فلو قال المرسل لم أنفذها هدية وكذب الرسول بل أنفذتها وديعة فالقول قوله مع يمينه وهي باقية على ملكه، والهدايا تختص بالمأكولات وما أشبهها والهبات فيما زاد عليها، والعرف في ذلك قوي شاهد وأظهر دليل، فإن كانت الهدية في طرف فإن كان الطرف مما لم تجريه العادة مثل قواصر التمر والفواكه وقوارير ماء الورد والأزهار إذا كانت سقفاً فهي مملوكة مع الهدية لأن العرف لم يجز باسترجاعها، وإن كانت الظروف كالطيافير المدهونة والفضار والزجاج المحكم وما شاكله مما جرى العرف باسترجاعه فهو غير مملوك مع الهدية وللمهدي بعد إرسال الهدية أن يسترجعها ما لم تصل إلى المهدي إليه فإن النبي ﷺ رجعت إليه هديته إلى النجاشي قبل وصولها إليه فملكها.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيَقْبِضُ لِلطِّفْلِ أَبُوهُ، نَحَلَ أَبُو بَكْرٍ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا جِدَادَ عِشْرِينَ وَسْقاً فَلَمَّا مَرِضَ قَالَ: وَدِدْتُ أَنَّكِ كُنْتِ قَبَضْتِيهِ وَهُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ. وَمِنْهَا بَعْدَ الْوَفَاةِ الْوَصَايَا وَلَهُ إِبْطَالُهَا مَا لَمْ يَمُتْ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح تجوز الهبة لكل من صح منه الملك من طفل أو مجنون أو سفيه إلا أن السفيه يصح أن يقبل الهدية، والطفل والمجنون لا يصح منهما قبول الهدية، لأن لقول السفيه حكماً وليس لقول الطفل والمجنون حكم وإذا كان هكذا فالقابل للطفل والمجنون وليهما من أب أو وصي أو أمين حاكم وهو القابض لهما بعد القبول وأما السفيه فهو العائل ووليه هو القابض فإن قبضها السفيه تمت الهبة أيضاً، ولو قبضها الطفل والمجنون لم تتم الهبة والفرق بينهما ظاهر فإن كان الواهب للطفل أبوه فهل يحتاج في عقد الهبة إلى لفظ بالبدل والقبول أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يحتاج إليه بل ينوبه، لأنه يكون مخاطب نفسه.

والثاني: لا يريد من عقد بالقبول فيبذل من نفسه لابنه بنفسه فيكون في البذل والإقباض نائباً عن نفسه وفي القبول والقبض نائباً عن ابنه فأما أمين الحاكم فلا يصح ذلك منه إلا أن يقبله منه قابل ويقبضه منه قابض، وكذلك وصي الأب وهما معاً بخلاف الأب كما خالفاه في بيعه وشرائه.

فصل:

قال الشافعي رحمه الله: ومنها بعد الوفاة الوصايا وله إبطالها ما لم يثبت وهذا صحيح لأن الشافعي قسم العطايا ثلاثة أقسام في الحياة منها قسمان: الوقف والهبة،

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٠).

وبعد الموت قسم وهو الوصايا وقد ذكرنا الوصايا وإن أفرد لها كتاباً لاقتضى التسليم لها وهي مخالفة للهبات من أربعة أوجه وإن جاز بيعها في سائر الأحكام.

أحدهما: أن الهبة عطية ناجزة، والوصية عطية متراضية بعد الموت.

والثاني: جواز الوصية بالمجهول وما لم يملك وبطلان الهبة بذلك.

والثالث: جواز الوصية لمن ليس بمالك في الحال من خمل وقبطر وبطلان الهبة كذلك.

والرابع: تمام الوصية بالقبول دون القبض وتمام الهبة بالقبض فهذه أربعة.

وخامس مختلف فيه: وهو المكافأة لا تستحق في الوصية وفي استحقاقها في الهبة قولان نذكرهما من بعد إن شاء الله عز وجل.

باب العمرى والرقبى

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ عَنْ عَمْرِو بْنِ دِينَارٍ عَنْ طَاوُس عَنْ حُجر المَدْرِيِّ عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ عَنْ رَسُول الله ﷺ أَنَّهُ جَعَلَ العُمْرَى لِلوَارِثِ وَمِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا تُعْمِرُو وَلَا تُرْقِبُوا فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئاً أَوْ أَرْقَبَهُ فَهُوَ سَبِيلُ المِيرَاثِ». قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَهُوَ قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَجَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ وَابْنِ عُمَرَ وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ وَعُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَبِهِ أَقُولُ. قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ عِنْدِي فِي العُمْرَى أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ قَدْ جَعَلْتُ دَارِي هَذِهِ لَكَ عُمْرَكَ أَوْ حَيَاتَكَ أَوْ جَعَلْتُهَا لَكَ عُمْرِي أَوْ رُقْبَى وَيَدْفَعَهَا إِلَيْهِ فَهِيَ مِلْكٌ لِلمُعْمِرِّ تُورثُ عَنْهُ إِنْ مَاتَ».

قال في الحاوي: اعلم أن العمرى والرقبى عطيتان من عطايا الجاهلية ورد الشرع فيهما بأمر ونهي، اختلف الفقهاء لأجلهما وفي الذي أريد بهما، أما العمرى، فهو أن يقول: جعلت داري هذه لك عمرى أو يقول: قد جعلتها لك عمرك أو مدة حياتك، فيكون له مدة حياته وعمره فإذا مات رجعت إلى المعمر إن كان حياً أو إلى وارثه إن كان ميتاً سميت عمرى لتملكه إياها مدة عمره وحياته، وإذا مات رجعت إلى المعمر ومنه قوله تعالى: ﴿هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ وَٱسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾ [هود: ٦١] يعني أسكنكم فيها مدة أعماركم فصرتم عمارها.

وأما الرقبى فهو أن يقول: قد جعلت داري هذه لك رقبى، يعني: إنك ترقبني وأرقبك وإن مت قبل رجعت إلي وإن مت قبلك فالدار لك، فسميت رقبى من مراقبة كل واحد منهما لصاحبه، وكان الناس في الجاهلية على ما وصفنا في العمرى والرقبى إلى أن

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٠).

جاء ما رواه الشافعي بإسناده في أول الكتاب فاختلف الفقهاء في الرقبى والعمرى، فذهب داود وأهل الظاهر، وطائفة من أصحاب الحديث إلى بطلانها استدلالاً بعموم النهي، وذهب الشافعي ومالك وأبو حنيفة وصاحباه: إلى جوازها على ما سنذكره استدلالاً برواية قتادة عن عطاء عن جابر عن النبي ﷺ قال: «العمرى جائزة»(١).

وروى الشافعي عن عبد الوهاب عن هشام عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن جابر عن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «العمرى لمن وهب»(٢) فأما قوله: «لا تعمروا ولا ترقبوا»(٣) فقد اختلف أصحابنا إلى ماذا يوجه النهي على وجهين:

أحدهما: أنه يوجه إلى الحكم، وهذا أظهر الوجهين فيه، لأنه قال: «فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو سبيل الميراث».

والثاني: أنه يوجه إلى اللفظ الجاهلي والحكم المنسوخ على ما سنشرحه من بعد.

فصل:

فإذا صح في الجملة جواز العمرى فقد اختلفوا هل يتوجه التمليك فيها إلى الرقبة أم المنفعة؟ على ثلاث مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف: التمليك فيها يتوجه إلى الرقبة كالهبات.

والثاني: وهو قول مالك: أن التمليك فيها متوجه إلى المنفعة والرقبة.

والثالث: وهو قول أبي حنيفة ومالك أن التمليك في العمرى يتوجه إلى الرقبة وفي العمرى متوجه إلى المنفعة.

والدليل على أنه تمليك بهما معاً الرقبة ما رواه الشافعي عن مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنه للذي يعطاها لا يرجع إلى الذي أعطاها»(٤) لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث، وما رواه الشافعي في صدر الباب عن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ «جعل العمرى للوارث» ولأن لفظ العمرى والرقبى في قولهم قد جعلت داري هذه لك عمرى أو رقبى متوجه إلى الرقبى لوقوع الإشارة إليها، وتعلق الحكم بها فوجب أن يتوجه التمليك إليها.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٢٦)، ومسلم (٣٢/ ١٦٢٦)، وأبو داود (٣٥٥٨)، والترمذي (١٣٤٩، ١٣٥١)، والنسائي (٣٧٣٩)، وأحمد (٢/ ٣٢٩).

(٢) أخرجه مسلم (٢٥/ ١٦٢٥)، وأبو داود (٣٥٥٠)، والنسائي (٣٧٤١، ٣٧٤٢)، وأحمد (٣/ ٣٠٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٩٧٢).

(٣) أخرجه الشافعي في «الأم» (٤/ ٦٤)، وأبو داود (٣٥٥٦)، والنسائي (٣٧٣١)، والحميدي (١٢٩٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٩٨٧).

(٤) أخرجه مسلم (١٦٢٥)، وأبو داود (٣٥٥٣، ٣٥٥٤)، والترمذي (١٣٥٠)، والنسائي (٣٧٤٣)، وأحمد (٣/ ٣٩٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٩٦٠)، وفي «معرفة السنن» (٣٧٨٥).

فصل:

فإذا صح ما ذكرنا أن العمرى والرقبى يملك بهما الرقبى فسنشرح المذهب فيها ونبدأ بالعمرى منهما وللمعمر في العمرى ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقول: قد جعلتها لك عمرك.

والثاني: أن يقول: قد جعلتها لك عمرى.

والثالث: أن يقول: قد جعلتها لك عمري أنا.

فأما الحال الأول وهو أن يقول: قد جعلتها لك عمرك أو حياتك فلا يخلو في ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يقول: قد جعلتها لك عمرك ولعقبك من بعدك، أو لورثتك بعدك، فهذه عطية جائزة وتمليك صحيح قد ملكها المعمر ملكاً تاماً ثم صارت لورثته من بعده هبة ناجزة وملكاً صحيحاً وتمامها بعد عقد العمرى بالقبض الذي به تتم الهبات، وليس للمعطى بعد الإقباض الرجوع فيها وإن كان قبله مخيراً.

والثاني: أن يقول: قد جعلتها لك مدة عمرك على أنك إذا مت عادت إلى أن كنت حياً أو إلى ورثتي إن كنت ميتاً، فهذه عطية وتمليك فاسد، لأن تمليك الأعيان لا يصح أن يتقدر بمدة ولا يجوز أن يجعل على التأبيد لما كان الشرط يقتضي أن يكون فاسداً ثم هي على ملك المعطي سواء أقبض أو لم يقبض، وله استرجاعها وإن تصرف فيها المعطي، أو لا يرجع عليه بأجرها مدة تصرفه فيها لأنه قد أباحه إياها.

والثالث: أن يقول: قد جعلتها لك مدة عمرك ولا يشترط أن يرجع إليه بعد موته كما ذكرنا في القسم الثاني ولأن يكون له ولورثته كما ذكرنا في القسم الأول ففيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم رواه الزعفراني عنه أنه عطية باطلة لتقديرها بمدة الحياة ولأن جابر روى أن النبي ﷺ قال: «أيما رجل أعمر له ولعقبه» فإنها للذي يعطاها لا يرجع إلى الذي أعطاها، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث فجعل صحيح العطية بأن يجعله له ولعقبه، فإذا لم يجعلها لعقبه لم يصح، ولأنه تمليك عين قدر بمدة فوجب أن يكون باطلاً كما لو قال: بعتك داري هذه عمرك، ولأنها عمري مقدرة فوجب أن تكون باطلة كما لو قال: قد أعمرتكها سنة، ولأنه إذا جعلها له مدة عمره فقد يحتمل أن يريد الرجوع إليه بعد موته فيبطل، ويحتمل أن يريد أن يورث عنه فيصح، فلم يجز أن يحمل على الصحة مع الاحتمال الفاسد.

والثاني: وهو الصحيح وبه قال في الجديد وأكثر القديم أنها عطية جائزة وتمليك صحيح يكون للمعطي في حياته ثم لورثته بعد وفاته بقوله ﷺ: «لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو سبيل الميراث» ولرواية زيد أن النبي ﷺ جعل العمرى للوارث، ولما روي أن رجلاً من الأنصار أعمر أمه عبداً فلما توفيت نازعه الورثة فيه فقضى النبي ﷺ به ميراثاً فقال الرجل يا رسول الله إنما جعلته لها عمرها فقال عليه السلام:

«فذلك أبعد لك»[1] ولأن الأملاك المستقرة إنما يتقدر زمانها بحياة المالك، ثم تنتقل بعد موته إلى ورثة المالك فلم يكن ما جعله له من الملك مدة حياته منافياً لحكم الأملاك وإذا لم تنافيه اقتضى أن يصح وإذا صح اقتضى أن يكون موروثاً فأما البيع إذا قال: بعتكها مدة حياتك فهو باطل.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: وهو فرق ابن سريج على هذا الشرط يقتضي فسخاً منتظراً، والبيع إذا كان فيه فسخ منتظر بطل، والهبة، إذا كان فيها فسخ منتظر لم تبطل كهبة الأب، فلذلك بطل البيع بهذا الشرط ولم يبطل العمرى بهذا الشرط.

والثاني: وهو فرق أبي إسحاق المروزي أن شروط البيع تقابل جزاء من الثمن فإذا بطلت سقط ما قابلها منه فأقضى إلى جهالة الثمن فلذلك بطل البيع بهذا الشرط وليس في العمرى ثمن يقضي هذا الشرط إلى جهالته فلذلك صحت مع الشروط.

فأما رواية جابر أنه أعمر عمرى له ولعقبه مع باقي الروايات المطلقة التي هي على العموم إذ ليس تتنافى في ذلك فإذا قلنا بقوله في القديم أن التمليك للرقبة لا يصح فإن الميراث فيها لا يستحق فقد اختلف أصحابنا على هذا القول هل يملك المعمر المعطي الانتفاع بها مدة حياته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه قد ملك الانتفاع بها مدة حياته وهذا مذهب مالك.

والثاني: وهو الصحيح أنه لا يملك الانتفاع بها، لأن التمليك متوجه إلى الرقبة بما ذكرناه وإذا بطل لم يجز أن ينتقل إلى ملك المنفعة كالبيع الفاسد، فعلى هذا الوجه لو تصدق فيها المعطي وانتفع لم يكن عليه أجرة، لأنها مباحة له ولأن كل ما لا يضمن بالعقد الصحيح لا يضمن بالعقد الفاسد، ولكن لو تلفت في يده فإن كان تلفها من غير فعلي لم يضمن لما ذكرنا وإن كان تلفها بفعله ضمنها؛ لأنه عدوان، وهو غير مالك لها، فهذا حكم قوله: «قد جعلتها لك مدة عمرك» وإن قلنا بقوله في الجديد أن العطية صحيحة وأن العمرى موروثة فلا رجعة للمعمر المعطي فيها بعد القبض.

فصل:

فأما الحالة الثانية: وهو أن يقول: قد جعلتها لك عمرى إشارة إلى عقد العمرى من غير أن يقدر ذلك بعمر أحد، ففيها قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم أنها باطلة، للنهي عنها ولا يملك بها المعمر المعطى المنفعة مدة حياته كما لا يملك لرقبته وجهاً واحداً لأننا قد دللنا أن التمليك بالعمرى

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (١٠/ ١٨٣).

متوجه إلى الرقبة فإذا بطل لم يملك بها المقصود بها غير أنه لم يضمن الأجرة إن سكن أو تصرف فلو كانت العمرى نخلاً فأثمرت لم يملك الثمرة، ولو كانت شاة فنتجت لم يملك الولد، فإن تلفت الثمرة في يده وملك الولد، فإن كان بغير فعله لم يضمن، وإن كانت بفعله ضمن.

والثاني: وهو قوله في الجديد أنها جائزة، وهي ملك له في حياته ثم لورثته بعد وفاته لرواية أبي سلمة عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «من أعمر عمرى فهي له ولعقبه يرثها من يرثه من عقبه».

فصل:

وأما الحال الثالثة وهو أن يقول: قد جعلتها لك مدة عمري أو جعلتها عمر زيد والحكم فيهما واحد والمذهب أنها عطية باطلة؛ لأنه لا يملكه إياها عمره فيورث عنه ولا جعلها عمرى فيستعمل فيها الخبر، وإنما قدر ذلك بعمر نفسه أو عمر أجنبي فاقتضى لما هي عليه من خلاف الأصل خروجها من حكم النفي أن تبطل، وهكذا لو قال: قد أعمرتكها سنة أو شهراً كانت كذلك في البطلان، وكان بعض أصحابنا يغلب فيها حكم العمرى، ويخرجها على قولين وهو خطأ لما بيناه.

فصل:

وأما الرقبى فعلى ضربين:

أحدهما: أن يشترط ارتقاب كل واحد منهما لصاحبه فيقول: قد جعلتها لك رقبى ترقبني وأرقبك فإن مت قبلي رجعت إليَّ وإن مت قبلك فهي لك، فهذه عطية باطلة، لما في هذا الشرط من منافاة الملك.

والثاني: أن يشترط ذلك بل يقول: قد جعلتها لك رقبى فعلى قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم أن ذلك باطل لا يحصل به التمليك اعتباراً بمقصود اللفظ.

والثاني: وهو الجديد أنها عطية جائزة يملكها المعطي أبداً ما كان حياً ويورث عنه إن مات سواء كان المعطي حياً أو ميتاً استدلالاً بقوله ﷺ: «فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو سبيل الميراث».

باب عطية الرجل ولده

قَالَ[١] الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنْ حُمَيْدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمٰنِ وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ يُحَدِّثَانِهِ عَنِ النُّعْمَانِ بنِ بَشِيرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ أَبَاهُ أَتَى

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢١، ١٢٢).

بِهِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي نَحَلْتُ ابْنِي هَذَا غُلَاماً كَانَ لِي فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَكُلُّ وَلَدِكَ نَحَلْتَ مِثْلَ هذَا»؟ قَالَ: لَا، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَلَيْسَ يَسُرُّكَ أَنْ يَكُونُوا فِي البِرِّ إِلَيْكَ سَوَاءً؟» فَقَالَ: بَلَى، قَالَ: «فَارْجِعْهُ» قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَبِهِ نَأْخُذُ وَفِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى أُمُورٍ مِنْهَا حُسْنُ الأَدَبِ فِي أَنْ لَا يُفَضِّلَ فَيَعْرِضُ فِي قَلْبِ المَفْضُولِ شَيْءٌ يَمْنَعُهُ مِنْ بِرِّهِ فَإِنَّ القَرَابَةَ يَنْفِسُ بَعْضُهُمْ بَعْضاً مَا لَا يَنْفس العِدَى وَمِنْهَا أَنَّ إِعْطَاءَهُ بَعْضَهُمْ جَائِزٌ وَلَوْلَا ذَلِكَ لَمَا قَال ﷺ: «فَارْجِعْهُ» وَمِنْهَا أَنَّ لِلْوَالِدِ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا أَعْطَى وَلَدَهُ وَقَدْ فَضَّلَ أَبُو بَكْرٍ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بِنَخْلٍ وَفَضَّلَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بِشَيءٍ أَعْطَاهُ إِيَّاهُ وَفَضَّلَ عَبْدُ الرَّحْمٰنِ بْنِ عَوْفٍ وَلَدَ أُمِّ كُلْثُومٍ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: أفضل الهبات صلة ذوي الأرحام لقوله ﷺ: «خير الصدقة على ذي الأرحام الكاشح» فإذا وهب لولد فيختار التسوية في الهبة ولا يفضل ذكراً على أنثى، وبه قال مالك وأبو حنيفة وهو مذهب شريح ومحمد بن الحسن وأحمد وإسحاق إلى أن الأفضل أن يعطى الذكر مثل حظ الأنثيين استدلالاً بقسمته لأحدهم سهم في المواريث.

ودليلنا ما رواه عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «سووا بين أولادكم في العطية ولو كنت مفضلاً لفضلت البنات»(١) وهذا يمنع من حملهم على المواريث وإن كان فيها ما يسوي بين الذكور والإناث كالإخوة من الأم وكالأبوين مع الابن والله أعلم.

مسألة:

فإن لم يسو بينهم وخص بالهبة بعضهم كانت الهبة جائزة وإن أساء، وبه قال مالك، وأبو حنيفة. وقال طاوس وأحمد وإسحاق وداود: الهبة باطلة استدلالاً بقوله ﷺ لبشير: «كل ولدك نحلت مثله»؟ قال: لا قال: «فأرجعه»(٢) وروي أنه قال: «فأشهد غيري على التبرؤ من فعله» ودل قوله هذا جور على ذمة فعله، قالوا: ولأن تفضيل بعضهم على بعض يؤدي إلى عقوق باقيهم وما نصب على العقوق فهو عقوق، والعقوق حرام.

ودليلنا قوله ﷺ: «فأرجعه» فلولا يقود الهبة لما أمره بالاسترجاع ثم قوله: «أشهد غيري» دليل على عدم الجواز لأن ما لا يجوز لرسول الله ﷺ أن يشهد فيه لا يجوز لغيره أن يشهد فيه، وإنما أمره بإشهاد غيره استئنافاً، وهذا جواب ودليل قوله هذا جواب أي ميل يقال فجاز السهم إذا مال عن الرمية فقال ذلك لأنه مال إلى الموهوب له وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه خص عائشة رضي الله عنها بنحل عشرين وسقاً من تمر وقال وددت أنك قد قبضته وهو اليوم من مال الوارث وفضل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عاصماً بنخل وخص عبد الرحمٰن بن عوف ولد أم كلثوم ولأنه لما جاز أن يجمع جميعهم جاز أن

---

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ٣٥٤)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٠٠٠).
(٢) أخرجه البخاري (٢٥٨٦)، ومسلم (١٦٢٣).

يعطي جميعهم جاز أن يفعل ذلك بجميعهم كالأجانب، ولأنه لما جازت هبة بعض الأولاد للأب جازت هبة الأب لبعض الأولاد.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَو اتَّصَلَ حَدِيثُ طَاوُسَ: لَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا وَهَبَ إِلَّا وَالِدِ فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ» لَقُلْتُ بِهِ وَلَمْ أُرِدْ وَاهِباً غَيْرَهُ وَهَبَ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح والحديث متصل، وليس لواهب أقبض ما وهب أن يرجع فيه إلا أن يكون والداً فيجوز له الرجوع، فأما من سواه فلا رجوع له سواء كان أجنبياً أو ذا رحم، وقال أبو حنيفة: رحمه الله: إن وهب لذي رحم محرم لم يجز أن يرجع في هبته له وإن وهب لذي غير رحم جاز الرجوع، فأما أبو حنيفة فالكلام معه في فصلين:

أحدهما: جواز رجوع الأب في هبته وأبو حنيفة يمنع منه.

والثاني: منع الأجنبي من الرجوع في هبته، وأبو حنيفة فأما الفصل الأول وهو جواز رجوع الأب في هبته فاستدل أبو حنيفة على المنع من رجوعه بقوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه»(٢) فكان عموم هذا يمنع من رجوعه فيما ملك الابن عنه، وبرواية ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود فيه» وبما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: من وهب لذي رحم لم يرجع ومن وهب لغير ذي رحم رجع ما لم يبيت(٣). قال: ولأن الهبة لذي الرحم صدقة، لأن المقصود بها، ثواب الله تعالى دون المكافأة فلما لم يجز أن يرجع في الصدقة لم يجز أن يرجع في الهبة لذي الرحم، ولأن في الرجوع في الهبة عقوقاً وعقوق ذي الرحم حرام، ولأنه لو وهب بشرط الثواب فأثيب لم يرجع وهذا قد أثيب من قبل الله تعالى في هبة الرحم فلم يجز أن يرجع.

ودليلنا قوله ﷺ لبشير في هبته للنعمان من بين ولده «فأرجعه» فلولا أن رجوعه جائز لما أمره به ولكان الأولى لو فعله أن يمنعه منه، وروى عمرو بن سعيد عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجوز لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ويرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه»(٤) وهذا نص لم يكن متصلاً عند الشافعي وقد ثبت

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٢).

(٢) أخرجه ابن حبان (٥٩٤٦)، والدارقطني (٣/ ٢٥)، وأحمد (٣/ ٤٢٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٥٤٥).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٠٢٧).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٣٩)، والترمذي (١٢٩٩)، وابن ماجه (٢٣٧٧)، وابن حبان (٥١٠١)، والحاكم (٢/ ٤٦).

اتصاله، وبهذا يخص ما استدل به من عموم الخبر الأول، ويعمم ما اقتصر عليه من بقية الخبر الثاني، وقال ﷺ: «أولادكم من كسبكم فكلوا من طيب كسبكم»[1] فميز الولد من غيره جعله كسباً لوالده فكان ما كسبه الولد منه أولى أن يكون من كسبه، وقد يتحرر من هذا الاعتلال قياس فيقال: لأنه وهب كسبه لكسب غير معتاض عنه فجاز له الرجوع فيه كما لو وهب لعبده، ولأن ما للولد في يد والده لجواز تصدقه فيه إذا كان صغيراً وأخذ النفقة منه إذا كان كبيراً فصارت هبة له وإن خرجت عن يده في حكم ما وهبه وهو باق في يده، فإذا جاز أن يرجع فيما وهبه لغيره إذا لم يقبضه لبقائه في يده جاز أن يرجع فيما وهبه لولده وإن أقبضه، لأنه في حكم الباقي في يده، وتحرير هذا الاستدلال قياساً أنها هبة يجوز تصدقه فيها فجاز له الرجوع فيها قياساً على ما لم يقبض، ولأن الأب لفضل حنوه تباين أحكامه أحكام غيره فلا يعاديه ولا تقبل شهادته له، ويجوز أن يتصرف في يديه بالتزويج وفي ماله بالعقود لفضل الحنو وانتفاء التهم فجاز أن يخالف غيره في جواز الرجوع في الهبة، لأن انتفاء التهمة تدل على أن رجوعه فيها لشدة الحاجة منه إليها، ولأننا وأبا حنيفة قد أجمعنا على الفرق في الهبة بين الأجنبي وذي الرحم فلأن يكون الرجوع فيها مع ذي الرحم المباعض دون الأجنبي أولى منه أن يكون مع الأجنبي دون ذي الرحم لثلاثة أمور.

أحدها: النص المعاضد.

والثاني: البعضية الممازجة.

والثالث: التمييز بالأحكام المخصوصة، وفي هذه المعاني جواب، وجوابهم عن الاستدلال بالثواب فهو أنه إذا أثبت بالمال، فقد وصل إليه البدل فلم يجز أن يصير جامعاً بينه وبين المبدل فخالف من لم يصل إليه البدل على أن ثواب الله تعالى إنما يستحقه في الهبة غير الراجع فيها من الآباء.

فصل:

وأما الفصل الثاني في أن غير الأب لا يجوز أن يرجع في هبته، وأجاز أبو حنيفة للأجنبي أن يرجع فيها، استدلالاً بحديث عمرو. ودليلنا مع ما قدمناه من حديث طاوس أن كل من وجب له القصاص على واهبه لم يملك واهبه الرجوع عليه في هبته كالأخ طرداً والوالد عكساً، ولأن انتفاء القرابة تمنع من الرجوع في الهبة المقبوضة كالزوجين، ولأنها هبة لا يجوز الرجوع فيها بغير حكم حاكم فلم يجز الرجوع فيها بحكم حاكم كالهبة على الثواب.

فصل:

وإذا ثبت أن ليس لغير الوالد أن يرجع فيما وهب لولده فلا فرق بين الأب والأم

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٢٨٨، ٢٢٨٩)، والعقيلي في «الضعفاء» (٢/ ٢٣٤).

والجد والجدة، ومنع مالك الأم والجد أن يرجعا في هبتهما تعلقاً بحقيقة الأم في الولد فهذا ليس بصحيح، لأن كلهم والد فيه بعضية، فأما الولد فلا يجوز له الرجوع في هبته للوالد لما بينهما من الفرق وفضل الحنو وحق الولاية وجواز التصرف، فإذا صح أن كل واحد منهما والد ووالدة أو جد وجدة وهب فله الرجوع في هبته سواء قال الأب: قصدت بالهبة بره فعق ولم يبر، أو قال لم أقصد ذلك، وقال ابن سريج: إنما يرجع الأب في هبته إذا قال قصدت بها بره وظهور إكرامه ولم يبر ولم يكرم، ولا يجوز أن يرجع إن لم يقل ذلك ويدعيه، وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: عموم الخبر.

والثاني: أن ما جاز به الرجوع فهذا المعنى غير مؤثر فيه كما أن ما لا يجوز به الرجوع فهذا غير مؤثر فيه.

فصل:

فأما إذا تصدق الأب على ولده فقد اختلف أصحابنا هل يجوز له الرجوع فيها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز تغليباً لحكم الهبات.

والثاني: لا يجوز اعتباراً بحكم الصدقات، ولا فرق بين أن يكون الولد ذكراً أو أنثى صغيراً أو كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً، مسلماً أو كافراً.

فصل:

ولو تداعا رجلان طفلاً وقال كل واحد منهما هو ابني ثم وهبا له هبة لم يكن لواحد منهما الرجوع في هبته، لأنه لا يحكم لواحد منهما بأبوته، فإن انتفى عن أحدهما ولحق بالآخر فهل لمن لحق به الرجوع فيما تقدم من هبته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع، لثبوت أبوته.

والثاني: لا يرجع، لأنه حين وهب كان ممن لا يرجع.

فصل:

وإذا وهب الأب لأولاده ثم أراد أن يرجع في نفسه لبعضهم جاز وفي كراهيته وجهان:

أحدهما: يكره له استرجاع الهبة من بعضهم حتى يسترجعها من جميعهم كما يكره له الهبة لبعضهم حتى يهب لجميعهم.

والثاني: لا يكره لأن الخبر في التسوية في العطاء لا في المنع.

فصل:

وإذا وهب لابنه هبة فباعها الابن أو استهلكها فليس للأب الرجوع ببدلها وإنما

يرجع لو كانت باقية في يده، وهكذا لو رهنها الابن لم يكن للأب الرجوع بها ما كانت رهناً، فإن افتكها الابن جاز للأب الرجوع بها، ولو باعها الابن ثم ابتاعها أو ورثها فهل للأب الرجوع فيها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع بها، لبقائها في يده.

والثاني: لا يرجع بها، لخروجها عن ملك الابن.

فصل:

فلو كانت باقية في يد الابن ثم حكم الحاكم بفلسه ففي جواز رجوع الأب بها وجهان:

أحدهما: يرجع بها، لبقائها في يده.

والثانية: لا يرجع بها، لتعلق حق الغرماء بها.

فصل:

ولو وهب الأب لابنه هبة ثم وهبها الابن جاز للابن أن يرجع بها على ابنه وهل للأب الرجوع بها على ابن ابنه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع بها، لأنه ابن ابنه الذي يجوز له الرجوع عليه بهبته.

والثاني: لا يرجع بها، لأنه غير الواهب له، فعلى هذا لو استرجعها الابن من ابنه ففي رجوع الأب بها وجهان.

فصل:

ولو وهب لابنه جارية فأعتقها الابن، أو داراً فوقفها لم يكن للأب الرجوع بها ولا بقيمتها، لأنه في حكم المستهلكة، وهكذا لو وطئ الابن الجارية، فأجلها لم يمكن للأب الرجوع بها ولا بقيمتها، لأن من ملك أم الولد لا يجوز أن تنتقل إلى مالك آخر ولكن لو لم يحبلها جاز للأب الرجوع بها ثم وطئها حرام عليه، لأنها صارت من حلائل أبنائه، وليس للأب مطالبته بأرش التحريم وهكذا لو كانت الأمة بكراً فافتضها الابن لم يكن له مطالبته بأرش البكارة، فلو جنى عليها في يد الابن جناية أحذ أرشها ثم رجع الأب بها لم يرجع بأرش الجناية على ابنه، لأنه بدل مما فات رجوع الأب به فصار أرش جنايتها كثمنها لو باعها، فلو كان الابن كاتبها لم يكن للأب الرجوع بها إلا أن تكون الكتابة فاسدة فيرجع بها، فإن عجزت عن الكتابة الصحيحة رجوع الأب بها وجهاً واحداً بخلاف ما لو باعها، لأن البيع يزيل الملك، والكتابة توقف الملك ولا تزيله، فلو دبرها الابن أو أعتقها بصفة لو بات جاز للأب الرجوع بها لبقائها على ملكه، ولم ينقل ملكها إلى غيره فلو كان الابن قد زوجها رجع الأب بها والنكاح على حاله، وكذلك لو أجرها الابن جاز للأب الرجوع بها والإجارة بحالها إلى انقضاء مدتها والأجرة والمهر معاً للابن دون الأب.

فصل:

ولو كانت الهبة شاة فنتجت ثم رجع الأب بها كان النتاج للابن دون الأب، فلو كانت الشاة عند الهبة حاملاً ثم ولدت في يد الابن ثم رجع الأب بالشاة ففي ولدها قولان من اختلاف قوليه في الحمل، فلو كانت الشاة حائلاً ثم رجع الأب بها حاملاً ففي ولدها إذا وضعته أيضاً قولان، ولو كانت الهبة نخلاً فأثمرت في يد الابن ثم رجع الأب بالنخل فإن كانت الثمرة مؤبرة عند رجوع الأب فهي للابن، وإن كانت غير مؤبرة ففيها قولان:

أحدهما: للابن أيضاً، لأنها مما تتميز.

والثاني: للأب، لأن ما يؤبر من النخل لأصله كالبيع.

فصل:

ولا يصح رجوع الأب في هبته إلا بالقول الصريح، سواء كان الابن صغيراً أو كبيراً بخلاف هبته لابنه الصغير حيث جوزناها بالنية في أحد الوجهين، لأنه استرجاع ملك فكان أغلظ ثم لا يصح أن يكون الرجوع معلقاً بصفة حتى لو قال إذا دخلت الدار فقد رجعت في هبتي لابني لم يجز، وهل يجوز ذلك في رجوعه في الوصية؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز كالهبة.

والثاني: يجوز، لأنه لما جازت الوصية بالصفة جاز الرجوع فيها بالصفة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «لِمَنْ يَسْتَثِيبُ مِنْ مِثْلِهِ أَوْ لَا يَسْتَثِيبُ».

قال في الحاوي: اعلم أن الهبة نوعان نوع لا يقتضي المكافأة ونوع يقتضيها، فأما ما لا يقتضي المكافأة فمن ثمانية أوجه.

أحدها: هبة الإنسان لمن دونه؛ لأنه المقصود بها التفضل.

والثاني: هبة الغني للفقير؛ لأن المقصود بهذا النفع.

والثالث: هبة البالغ العاقل للصبي أو المجنون، لأنها ممن لا يصح الاعتياض منها.

والرابع: الهبة للأهل والأقارب؛ لأن المقصود بها صلة الرحم.

والخامس: الهبة للمنافر المعادي؛ لأن المقصود منها التآلف.

والسادس: الهبة للعلماء والزهاد؛ لأن المقصود بها القربة والتبدر.

والسابع: الهبة للأصدقاء والإخوان؛ لأن المقصود بها تأكيد المودة.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٣).

والثامن: الهبة لمن أعان بجاه أو بمال؛ لأن المقصود بها المكافأة، فهذا النوع من الهبة على هذه الأوجه الثمانية لا يستحق عليها المكافأة، وإذا أقبضها الموهوب له بعد القبول فقد ملكها مستقراً كالذي يملك بابتياع أو ميراث.

فصل:

وأما ما يقتضي المكافأة فهو ما سوى هذه الوجوه مما يظهر أن المقصود بها طلب المكافأة عليها ففي وجوب المكافأة قولان:

أحدها: وهو قوله في القديم، وبه قال مالك: أن المكافأة عليها واجبة، لقوله ﷺ لسلمان: «إنا نقبل الهدية ونكافىء عليها» ولرواية أبي هريرة رضي الله عنه أن أعرابياً أهدى إلى رسول الله ﷺ ناقة مكافأة فلم يرضى فكافأه فلم يرضى فلم يزل يكافئه حتى رضي ثم قال: «هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي»[1] وإنما خص هذا، لأنهم مشهورون بسماحة النفوس وقلة الطمع فلولا وجوب المكافأة لما صبر على طمع الأعرابي وآذاه؛ لأن العرف الجاري في الناس المكافأة بها يجعله كالشرط فيها ويكون قبول الهبة رضي بالتزامها.

والثاني: وبه قال في الجديد، وهو مذهب أبي حنيفة أن المكافأة عليها غير واجبة، لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه» ولأن ما صح تملكه من غير ذكر بدل لم يستحق فيه البدل كالوصية والصدقة، ولأن العقود لا يختلف استحقاق البدل فيها باختلاف العاقدين لها اعتباراً بسائر العقود من البيع والإجارة في استحقاقه، والوصية والعارية في إسقاطه.

فصل:

فإذا تقرر بوصية القولين فإن قلنا بأن الثواب لا يجب فإن المكافأة لا تستحق فأثاب الموهوب له وكافأ فهي هبة مبتدأة لا يتعلق حكم واحدة من الهبتين بالأخرى، فلو استحقت إحداهما أو ظهر بها عيب فالأخرى على حالها لا يجوز أن تسترجع، فإن شرط على هذا القول في نفسه ثواباً ومكافأة فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون الثواب الذي شرط مجهولاً فالهبة باطلة، لاشتراط ما ينافيها.

والضرب الثاني: أن يكون معلوماً ففيها قولان:

أحدهما: باطلة، لما ذكرنا من التعليل.

والثاني: جائزة، لأنها معاوضة على بدل معلوم كالبيع، فإن كان بلفظ الهبة فإذا قلنا ببطلان الهبة عند اشتراط الثواب معلوماً كان أو مجهولاً فالموهوب له ضامن بها

---

(١) أخرجه الحميدي في «مسنده» (١٠٥١، ١٠٥٣)، والطبراني في «الكبير» (١١/١٨)، وابن عدي في «الكامل» (١/٤٢٣).

بالقبض، لأنها مقبوضة على وجه المعاوضة، وعليه ردها لفساد العقد، فلو تلفت في يده كان ضامناً لها كالمقبوض من بيع فاسد بأكثر ما كان قيمته من وقت القبض إلى وقت التلف على أصح المذهبين في ضمان البيع الفاسد، ولو نقصت مع بقاء عينها ضمن قدر نقصها، فإذا قلنا بصحة الهبة عند اشتراط الثواب المعلوم فهي كالبيع المحض يستحق فيه خيار المجلس بالعقد وخيار الثلث بالشرط، ويجوز اشتراط الرهن والضمين فيه، وإن استحقت الهبة وجب رد الثواب، وإن استحق الثواب وجب رد الهبة وإن كان الثواب معيناً أو غرم مثله مع بقاء الهبة إن كان الثواب موصوفاً، وإن ظهر في الهبة عيب كان الموهوب به بالخيار بين المقام والفسخ.

فصل:

وإن قلنا إن الثواب واجب والمكافأة مستحقة فلا يخلو أن يشترط الثواب أولاً بشرطه، فإن لم يشترطه لزمه بالعقد، وفيه ثلاثة أقاويل:

أحدهما: أن عليه أن يثيب ويكافىء حتى يرضى الواهب؛ لأن النبي ﷺ لم يزل يكافىء الأعرابي حتى رضي.

والثاني: عليه أن يكافىء بما يكون في العرف ثواباً لمثل تلك الهبة، لأن الرضى لا ينحصر فكان العرف أولى أن يعتبره.

والثالث: عليه أن يكافىء بقدر قيمته الهبة لا يلزمه الزيادة عليها، ولا يجزئه النقصان منها، لأن ما استحق فيه البدل إذا عدم المسمى رجع إلى القيمة اعتباراً بمهر المثل وقيم المتلفات، فعلى هذا يكون الموهوب له بالخيار أن يكافىء في مقدار ما ذكرناه من الثواب وبين أن يرد الهبة، ولا خيار للواهب في أحد الأمرين، فإن رد الهبة لم يكن للواهب أن يطالبه بالثواب، فإن ردها ناقصة فإن كان نقصها بفعله ضمنه للواهب، وإن كان بغير فهله ففي ضمانه إياه وجهان أصحهما عليه صفاته.

والثاني: لا يضمنه، وإن ردها وقد زادت فإن كانت الزيادة لا تتميز كالطول والسمن أخذها الواهب زائدة، لأن ما لا يتميز من الزيادات تبع للأصل، وإن كانت الزيادة متميزة فهي للموهوب له كالنتاج والثمرة، لحدوثها على ملكه ولا يلزمه دفعها إلى الواهب وإن رد عليه الهبة، وإن لم يرد الهبة وكافأة عليها بما ذكرناه من الثواب فيها فالواهب بالخيار أن يقبل المكافأة وبين أن لا يقبل ولا خيار له في استرجاع الهبة، فإن قبل المكافأة ثم استحقت من يده فالموهوب له بالخيار بين أن يكافئه ثانية وبين أن يرد الهبة، ولو استحقت الهبة دون المكافأة كان للموهوب له أن يرجع بالمكافأة، فلو قال الواهب: أنا أهب لك مثل تلك الهبة ولا أرد المكافأة لم يكن ذلك له بخلاف استحقاق المكافأة، فلو لم يكافأ الموهوب له عن نفسه وكافأه عنه غيره جاز ولا رجوع للواهب، لوصول الثواب إليه، ولا رجوع للمكافىء على الموهوب له بما أثاب عنه وكافأ؛ لأنه متطوع إلا أن يكافىء بأمره فيرجع عليه، فلو لم يكافئه الموهوب له عند الهبة حتى تلفت

في يده بغير فعله ففي وجوب الثواب عليه قولان:

أحدهما: لا يجب عليه الثواب، لأنه إنما يجب عليه أن يكافىء ويثيب في الحال التي إن رد ولم يثب فعلى هذا تتلف غير مضمونة عليه.

والثاني: أن الثواب واجب عليه لاستحقاقه بالعقد، فإن أثاب وإلا ضمنها بالقيمة لتلفها عن بدل فائت.

فصل:

وإن اشترط الواهب الثواب على هذا القول فلا يخلو أن يشترطه معلوماً أو مجهولاً فإن اشترطه مجهولاً صحت الهبة ولزم الشرط، لأنه يوجب العقد، ثم حكى هذه الهبة والثواب على ما مضى، وفيه ثلاثة أقاويل غير أن الهبة لو تلفت في يده مع هذا الشرط قبل الثواب لزمه أن يثيب أو يضمن القيمة قولاً واحداً، وإن اشترط الثواب معلوماً ففيه قولان:

أحدهما: جائز، لأن ما منع عن الجهالة كان أولى بالصحة وله ما اشترط، ويكون الفرق بينه وبين البيع أنه في الهبة يشترط الثواب المعلوم يكون مخيراً بين دفع الثواب وبين رد الهبة وفي البيع يلزمه دفع الثمن ولا خيار له في الرد ما لم يكن خيار أو عيب، ثم هما فيما سوى ذلك على سواء.

والثاني: وهو قول أبي ثور أن الهبة باطلة لخروجها عن حكم الهبات المطلقة والبيوع اللازمة، فعلى هذا تكون مضمونة ضمان البيع الفاسد على ما مضى.

فصل:

هبة المريض في الثلث، فإن احتملها الثلث أمضيت وإلا ردت، لأنها في حكم الوصية، وإن احتمل الثلث بعضها أمضى منها قدر ما احتمله الثلث إلا أن يجيزه الوارث فيصح في الجميع، فلو وهب في الصحة وأقبض في المرض فهي هبة في المرض؛ لأنها بالقبض فيه تمت فلو اختلفا فقال وارث الواهب هي في المرض وقال الموهوب له في الصحة، فالقول قول الوارث مع يمينه؛ لأن الأصل فيها عدم لزوم، فلو مات الواهب قبل القبض ففيها قولان:

أحدهما: أن وارثه بالخيار بين إقباضها بالعقد الماضي أو المنع.

والثاني: أن العقد قد بطل بالموت، فإن أحب إمضاء الهبة استأنف عقداً وقبضاً.

فصل:

وإذا دخل المسلم دار الحرب فوهب له أهلها هبة قبلها وقبضها، ولم يغنمها المسلمون إن ظفروا بها، وفرق أبو حنيفة بين ما ينقل فيها وما لا ينقل، فجعل ما ينقل مملوكاً وما لا ينقل مغنوماً، استدلالاً بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: من منحه المشركون أرضاً فلا أرض له وهذا إن صح عنه محمول على العارية دون الهبة.

فصل:

هبة دور مكة وعقارها يجوز بخلاف قول أبي حنيفة بناء على البيع، فأما إجارتها للحجاج فيجوز هبتها إن جاز بيعها، وأبطل إن لم يجز بيعها.

فصل:

هبة الدين لغير من هو عليه لا يجوز، ولمن هو عليه يجوز، لأن هبته لمن هو عليه إبراء ولغيره تمليك، وهبة المنافع عارية لا تلزم، لأن قبضها قبل انقضائها لا يصح.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «قَالَ: وَتَجُوزُ صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ عَلَى كُلِّ أَحَدٍ إِلَّا رَسُول اللَّهِ ﷺ كَانَ لَا يَأْخُذُهَا لَمَّا رَفَعَ اللَّهُ مِنْ قَدْرِهِ وَأَبَانَهُ مِنْ خَلْقِهِ إِمَّا تَحْرِيماً وَإِمَّا لِئَلَّا يَكُونَ لأَحَدٍ عَلَيْهِ يَدٌ؛ لأَنَّ مَعْنَى الصَّدَقَةِ لَا يُرَادُ ثَوَابُهَا وَمَعْنَى الهَدِيَّةِ يُرَادِ ثَوَابُهَا وَكَانَ يَقْبَلُ الهَدِيَّةَ وَرَأَى لَحْماً تَصَدَّقَ بِهِ عَلَى بُرَيْرَةَ فَقَالَ: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ»».

قال في الحاوي: والمقصود بهذه المسألة فصلان مضيا.

أحدهما: تحريم الصدقات على رسول الله ﷺ وقد ذكرناه.

والثاني: إباحة لصدقة التطوع على الأغنياء وقد بيناه فلم يكن للإطالة بتكرارهما وجه مع ما حصل من إطالة الاستيفاء، فأما المسألة فتحرم على الغنى وإن حلت له الصدقة، روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «إن المسألة لا تحل إلا من فقر مدقع أو غرم مفظع أو دم مولع»[2] وبالله التوفيق.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٣).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٣/ ٢١٠)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٢/ ١٩)، وأورده السيوطي في «الدر المنثور» (١/ ٣٦٣).

كتاب المزارعة وكراء الأرض والشركة في الزرع وما دخل فيه

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا سُفْيَانَ قَالَ: سَمِعْتُ عَمْرو بْنَ دِينَارٍ يَقُولُ: سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ يَقُولُ: كُنَّا نُخَابِرُ وَلَا نَرَى بِذَلِكَ بَأْساً حَتَّى أَخْبَرَنَا رَافِعُ بْنُ خُدَيْجٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ الْمُخَابَرَةِ فَتَرَكْنَاهَا لِقَوْلِ رَافِعٍ قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَالْمُخَابَرَة اسْتِكْرَاءُ الأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَدَلَّتْ سُنَّةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي نَهْيِهِ عَنِ الْمُخَابَرَةِ عَلَى أَنْ لَا تَجُوزَ الْمُزَارَعَةُ عَلَى الثُّلُثِ وَلَا عَلَى الرُّبع وَلَا جُزْءٍ مِنَ الأَجْزَاءِ لأَنَّهُ مَجْهُولٌ وَلَا يَجُوزُ الكِرَاءُ إِلَّا مَعْلُوماً».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، المخابرة هي المزارعة وهي ما وصفها الشافعي رضي الله عنه أنها استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها، واختلف الناس في تسميتها بالمخابرة على قولين ذكرهما ابن قتيبة.

أحدهما: أنها مأخوذة من معاملة خيبر حين أقرهم رسول الله ﷺ فقال: خابروهم أي عاملوهم على خيبر.

والثاني: أنها مأخوذة من الخبرة وهي النصيب. قال عروة بن الورد:

أما جعلت الشاة للقوم خبرة ... فشأنك أني ذاهب لشؤون

والخبرة: أن يشتري الشاة جماعة فيقتسمونها.

وإذا كانت المخابرة هي استكراء الأرض لزراعتها ببعض ما يخرج منها فهي على ضربين، ضرب أجمع الفقهاء على فساده، وضرب اختلفوا فيه. فأما الضرب الذي أجمعوا على فساده، فهو أن تكون حصة كل واحد منهما من زرع اورض مفردة عن حصة صاحبه، مثل أن يقول قد زارعتك على هذه الأرض على أن ما زرعت من هرن كان لي وما زرعت من أقل كان لك، أو على ما بنت من الماذيانات كان لي، وما نبت على السواقي والجداول كان لك، أو على أن ما سقي بالسماء فهو لي وما سقي بالرشاء فهو لك، فهذه مزارعة باطلة اتفق الفقهاء على فسادها لرواية سعيد بن المسيب عن سعد قال: كنا نكري الأرض بما على السواقي وما سقي بالماء منها فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك،

(١) انظر هامش الأم (٣/ ٩٢).

وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق[(١)]، ولأن تميز ما لكل واحد منهما يمنع من إلحاقه بالمساقاة المشاعة، ويخرج بالجهالة عن حكم الإجارة الجائزة فصار باطلاً.

فصل:

وأما الضرب الذي اختلف الفقهاء فيه فهو أن يزارعه على أرضه ليكون العمل على الأجير والأرض لربها والبذر منهما أو من أحدهما بحسب شرطهما على أن ما أخرج الله تعالى من زرع كان بينهما على سهم معلوم من نصف أو ثلث أو ربع ليأخذ الزراع سهمه بعمله، ويأخذ رب الأرض سهمه بأرضه فهذه هي المخابرة والمزارعة التي اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه أنها باطلة سواء شرط البذر على الزراع أو على رب الأرض، وبه قال من الصحابة عبد الله بن عمر، وجابر بن عبد الله، ورافع بن خديج رضي الله عنهم، ومن التابعين سعيد بن جبير، وعكرمة، ومن الفقهاء الشافعي ومالك وأبو حنيفة رضي الله عنهم.

والثاني: أنها جائزة سواء شرط البذر على الزارع أو على رب الأرض، وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب كرم الله وجهه وعمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وسعد بن أبي وقاص ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم، ومن التابعين سعيد بن المسيب، ومحمد بن سيرين وعبد الرحمٰن بن أبي ليلى ومن الفقهاء سفيان الثوري وأبو يوسف ومحمد.

والثالث: أنه إن شرط البذر على صاحب الأرض لم يجز، ولأن شرطه على الزارع جاز، وهو مذهب أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه.

واستدل من أجاز ذلك برواية عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه: «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع[(٢)]».

وروى سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار قال: قلت لطاوس: يا أبا عبد الرحمٰن لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهى عنها فقال: يا عمرو وأخبرني أعلمهم ابن عباس أنه لم ينه عنها ولكن قال: لأن يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خرجاً معلوماً[(٣)]. وروى عروة بن الزبير عن زيد بن ثابت، قال: «رحم الله رافع بن خديج أنا أعلم بهذا الحديث منه»، يعني ما رواه عن المخابرة قال لزيد: «أتى رسول الله ﷺ رجلان من الأنصار، وكانا قد اقتتلا، فقال رسول الله ﷺ: إن كان هذا شأنكما فلا تكروا المزارع»[(٤)].

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧١١)، ومسلم (١١٥/ ١٥٤٧)، وأبو داود (٣٣٩٣).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٣٨)، ومسلم (١٥٥١).

(٣) أخرجه البخاري (٢٣٣٠)، ومسلم (١٥٥٠).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٣٩٠).

قالوا: ولأن المعاملة على الأصول ببعض نمائها يجوز كالمساقاة على النخل، المضاربة بالمال، وكذلك المخابرة على الأرض. قالوا: ولأنه لما جازت المخابرة إذا اقترنت بالمساقاة جازت بانفرادها.

والدليل على فسادها مع ما رواه الشافعي رضي الله عنه في صدر الباب عن ابن عمر، رواية الشافعي عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن جابر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة»[١]. والمخابرة كراء الأرض بالثلث والربع، وروى يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار أن رافع بن خديج قال: «كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ، وإن بعض عمومتي أتاني فقال: «نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا وأنفع، قال: فقلنا: «وما ذاك» قال: قال رسول الله ﷺ من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه، ولا يكاريها بثلث ولا ربع ولا طعام مسمى»[٢]، وروى ابن خيثم عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من لم يذر المخابرة فليؤذن بحرب من الله ورسوله»[٣]، ولأن الأصول التي تصح إجارتها ولا تصح المعاملة عليها ببعض كسبها، وكذا الأرض لما جازت إجارتها لم تجز المخابرة عليها.

فهذه دلائل الفريقين في صحة المخابرة وفسادها، ولما اقترن بدلائل الصحة عمل أهل الأمصار مع الضرورة الماسة إليها، وكان ما عارضها محتملاً أن يكون جارياً على ما فسره زيد بن ثابت، وقال عبد الله بن عباس كان صحة المخابرة أولى من فسادها مع صحة شهادة الأصول لها في المساقاة والمضاربة.

فصل:

فإن قيل بجواز المخابرة حملاً فيها على ما شرطاه من بذر وسهم، وإن قيل بفسادها فالزرع لصاحب البذر، فإن كان البذر لمالك الأرض فالزرع له، وعليه للعامل أجرة مثل عمله، وبقره، وآلته، لأنه بذل ذلك في مقابلة عوض فوته عليه فساده العقد فرجع بقيمته، وإن كان البذر للزارع له وعليه لرب الأرض أجرة مثل أرضه لأنه بذلها في مقابلة عوض فوته عليه فساد العقد، فرجع بقيمته، وإن كان البذر لهما، فالزرع بينهما، وعلى رب الأرض للعامل نصف أجرة عمله، وبقره، وآلته، وعلى العامل لرب الأرض نصف أجرة أرضه.

قال الشافعي رضي الله عنه فلو اشترك أربعة في زراعة الأرض فكانت الأرض لأحدهم، والبذر للآخر، ومن الرابع العمل، على أن الزرع بينهم أرباعاً كان الزرع لصاحب البذر، وعليه أجرة المثل لشركائه. وقد روى الأوزاعي عن واصل بن أبي

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٨١)، ومسلم (١٥٣٦).
(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٩٥). (٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٦٩٧).

جميل، عن مجاهد قال: اشترك أربعة رهط على عهد رسول الله ﷺ في زرع فقال أحدهم قبلي الأرض، وقال الآخر: قبلي البذر، وقال الآخر، قبلي العمل، وقال الآخر قبلي الفدان، فلما استحصد الزرع صاروا إلى رسول الله ﷺ فجعل الزرع لصاحب البذر، وألغى صاحب الأرض، وجعل لصاحب الفدان شيئاً معلوماً، وجعل لصاحب العمل درهماً كل يوم.

فصل:

ولمن قال بفساد المخابرة ثلاثة وجوه يتوصل بكل واحد منها إلى صحة الشركة في الزرع:

أحدها: أن يشتركا في منفعة الأرض إما بملك رقبتها أو بإجارتها أو استعارتها أو تكون لأحدهما فيؤجر صاحبه أو لغيره نصفها مشاعاً فتصير منفعة الأرض لهما ثم يشتركان في البذر والعمل فيصير الزرع بينهما.

والثاني: أن يقول صاحب الأرض للعامل: قد أجرتك نصف أرضي مشاعاً سنة بدينار، واستأجرت نصف عملك ونصف عمل ما قد شاهدته من بقرك وآلتك سنة بدينار ثم يقع القصاص والإبراء، ويخرجان البذر بينهما فيصيران شريكين في الزرع.

والثالث: أن يقول صاحب الأرض للعامل قد أجرتك نصف أرضي مشاعاً بنصف عملك ونصف عمل ما شاهدته من بقرك وآلتك سنة، فيصير كل واحد منهما مستأجراً لنصف ما لصاحبه سنة، بنصف ما للآخر سنة، أو يعقدان ذلك سنين معلومة، ثم يخرجان البذر بينهما، فيصيران شريكين في الأرض والبذر، والعمل، فيصير الزرع بينهما.

فإن أراد أن يكون لصاحب الأرض الثلث وللعامل الثلثان، قال صاحب الأرض قد أجرتك ثلثي الأرض بثلث عملك، ويخرج صاحب الأرض ثلث البذر فيصير ثلث الزرع لصاحب الأرض وثلثاه للعامل.

ولو أراد أن يكون لرب الأرض ثلثا الزرع وللعامل الثلث، قال رب الأرض: قد آجرتك ثلث أرضي بثلثي عملك ويخرج ثلثي البذر فيصير لرب الأرض ثلثا الزرع، وللعامل الثلث.

وإن أراد أن يكون البذر من رب الأرض والزرع بينهما، قال رب الأرض قد استأجرت نصف عملك بنصف هذا البذر، ونصف منفعة هذه الأرض فيصير الزرع بينهما نصفين.

وإن أراد أن يكون البذر من العامل قال رب الأرض قد آجرتك نصف أرضي بنصف عملك ونصف هذا البذر فيصير الزرع بينهما نصفين.

وقال أبو حامد الإسفراييني إذا عقدا على الوجه الذي يكون البذر فيه من أحدهما فهو بيع وإجارة فيخرج على قولين.

وليس الأمر فيه على ما قاله بل هو عقد إجارة محضة، والأجرة فيها نصف البذر ونصف العمل فيصح قولاً واحداً وبالله التوفيق.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيَجُوزُ كِرَاءُ الأَرْضِ بِالذَّهَبِ وَالوَرِقِ وَالعَرْضِ وَمَا نَبَتَ مِنَ الأَرْضِ أَوْ عَلَى صِفَةٍ تُسَمِّيهِ كَمَا يَجُوزُ كِرَاءُ المَنَازِلِ وَإِجَارَةُ العَبِيدِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، وقد اختلف الناس في إجارة الأرضين على ثلاثة مذاهب:

أحدها: ما ذهب إليه الحسن البصري وطاوس إلى أن إجارة الأرضين باطلة لا تجوز بحال.

والثاني: ما قاله مالك بن أنس أن إجارتها جائزة بالذهب والورق، ولا يجوز بالبر، والشعير، ولا بما ينبت من الأرض.

والثالث: ما قاله الشافعي رضي الله عنه وأبو حنيفة وجماعة الفقهاء أنها تجوز بكل معلوم من ذهب أو ورق أو عرض أو بما ينبت من الأرض من بر أو شعير أو غيره.

واستدل الحسن طاوس على المنع من إجارتها بحديث رواه ابن شهاب عن سالم بن عبد الله أن ابن عمر كان يكري أرضه حتى بلغه أن رافع بن خديج الأنصاري كان ينهى عن كراء الأرض فلقيه عبد الله فقال: يا ابن خديج ماذا تحدث عن رسول الله ﷺ في كراء الأرض فقال رافع لعبد الله بن عمر سمعت عمي وكانا قد شهدا بدراً يحدثان أهل الدار أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء الأرض فقال عبد الله، والله لقد كنت أعلم في عهد رسول الله ﷺ أن الأرض تكري، ثم خشي عبد الله أن يكون رسول الله ﷺ أحدث في ذلك شيئاً لم يكن يعلمه، فترك كراء الأرض(٢).

وروى ابن المبارك عن سعيد بن أبي شجاع عن عيسى بن سهل عن رافع بن خديج قال إني ليتيم في حجر رافع، وحججت معه فجاءه أخي عمران بن سهل فقال: أكرينا أرضنا فلانة بمائتي درهم، فقال: دعه، فإن النبي ﷺ نهى عن كراء الأرض.

قال: ولأنه لما لم تجز إجارة النخل والشجر لكونهما أصلاً لكل ثمر فكذلك الأرض لأنها تجمع الأصل والفرع.

فصل:

واستدل مالك على أن إجارتها بالطعام وبما ينبت من الأرض لا يجوز، بحديث سليمان بن يسار، عن رافع بن خديج عن بعض عمومته، أن النبي ﷺ قال: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه، ولا يكاريها بثلث ولا ربع ولا بطعام مسمى» وروى

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٢).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٠٩).

طارق بن عبد الرحمٰن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة وقال: إنما يزرع ثلاثة، رجل له أرض فهو يزرعها، ورجل منع أرضاً، فهو يزرع ما منع، ورجل استكرى أرضاً بذهب أو فضة.

ولأن استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها باطل كالمخابرة.

ودليلنا على مالك رواية الأوزاعي عن حنظلة بن قيس الأنصاري قال سألت رافع بن خديج عن كراء الأرض بالذهب والورق، فقال: لا بأس بها، إنما كان الناس يؤاجرون على عهد رسول الله ﷺ بما على الماذيانات وأقبال الجداول، وأشياء من الزرع، فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، ولم يكن للناس كراء إلا هذا فذلك زجر عنه، فأما شيء مضمون معلوم فلا بأس به[١] فكان هذا على عمومه مع شبيهه على معنى النهي، فصار هذا تفسير لما أجمله من النهي.

ولأن ما صح أن يؤاجر بالذهب والورق صح أن يؤاجر بالبر والشعير، كالدور والعقار، ولأن ما صح أن تؤاجر به الدور والعقار صح أن تؤاجر به الأرضون كالذهب والورق.

فأما الجواب عما استدل به الحسن من حديثي رافع في النهي عن كراء الأرض فمحمول على ما فسره في هذا الحديث من كرائها بما على الماذيانات، لأن الروايات عن رافع مختلفة.

وأما الجواب عن جمعه بين الأرض وبين النخل والشجر فهو أن المستفاد من النخل أعيان، ومن الأرض آثار.

وأما الجواب عما استدل به مالك من حديثي رافع فهو ما ذكرنا، ونهيه عن إجارتها بطعام مسمى يعني من الأرض المؤاجرة.

وأما الجواب عن قياسه على المخابرة فهو أن العوض في المخابرة لا يثبت في الذمة وفي الإجارة يثبت في الذمة والله أعلم.

مسألة[٢]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَجُوزُ الكِرَاءُ إِلَّا عَلَى سَنَةٍ مَعْرُوفَةٍ».

قال في الحاوي: قد مضى الكلام في مدة الإجارة، وأن لا بد أن تكون معلومة، وأنها تجوز سنة، وفي جوازها سنين قولان.

فإذا استأجر أرضاً للزراعة سنة فعلى أربعة أقسام:

أحدها: أن يشترط سنة هلالية، فيصح ويكون العقد على اثني عشر شهراً بالأهلة يحتسب بكل شهر ما بين الهلالين، كاملاً كان أو ناقصاً ويكون قدر السنة الهلالية ثلاثمائة

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٤٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٧٢١).

(٢) انظر الأم (٣/ ٩٣).

وأربعة وخمسين يوماً، وهذا أخص الآجال بالشرع، قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البقـرة: ١٨٩].

والثاني: أن يشترط سنة عددية فيصح ويكون العقد على ثلاثمائة وستين يوماً كاملة لأن عدد الشهر مستوفٍ بكماله.

والثالث: أن يشترط سنة شمسية وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم، فقد اختلف أصحابنا في صحة الإجارة بهذا الأجل على وجهين:

أحدهما: يصح للعلم بالمدة فيها.

والثاني: باطلة، لأنها مقدرة بحساب تنشأ فيه أيام، وقد حرم الله تعالى النسيء بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلنَّسِىٓءُ زِيَادَةٌ فِى ٱلْكُفْرِ﴾ [التوبـة: ٣٧].

والرابع: أن يطلق ذكر السنة، فلا يشترطها هلالية، ولا عددية ولا شمسية فتصح الإجارة حملاً على السنة الهلالية لأنه الزمان المقدر في الآجال الشرعية، والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِذَا تَكَارَى الرَّجُلُ الأَرْضَ ذَاتَ المَاءِ مِنَ العَيْنِ أَوْ النَّهْرِ أَوْ عَثْرِياً أَوْ غَيْلاً أَوْ الآبَارِ عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا غَلَّةَ شِتَاءٍ وَصَيْفٍ فَزَرَعَهَا إِحْدَى الغَلَّتَيْنِ وَالمَاءُ قَائِمٌ ثُمَّ نَضَبَ المَاءُ فَذَهَبَ قَبْلَ الغَلَّةِ الثَّانِيَةِ فَأَرَادَ رَدَّ الأَرْضِ لِذَهَابِ المَاءِ عَنْهَا فَذَلِكَ لَهُ وَيَكُونُ عَلَيْهِ مِنَ الكِرَاءِ بِحِصَّةِ مَا زَرَعَ إِنْ كَانَ الثُّلُثُ أَوْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلَّ وَسَقَطَتْ عَنْهُ حِصَّةُ مَا لَمْ يَزْرَعْ لأَنَّهُ لَا صَلَاحَ لِلزَّرْعِ إِلَّا بِهِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، إذا استأجر أرضاً فلا بد من ذكر ما قد استأجرها له، من زرع أو غرس أو بناء، فإن أغفل ذكر ما يستأجرها له بطلت الإجارة لاختلافه، ثم لا يذكر ذلك بلفظ الشرط بل يقول: «لتزرعها» فإن أخرجها مخرج الشرط، فقال: «على أن تزرعها» بطلت الإجارة لأنه إذا جعله شرطاً لزمه، والمستأجر لا يلزمه استيفاء المنفعة، وإنما هو إذا أمكن منها مخير بين استيفائها أو تركها ألا ترى أن من استأجر داراً للسكنى كان مخيراً بين سكناها وتركها، فإن شرط عليه سكناها في العقد فقيل فيه: «على أن يسكنها» بطلت الإجارة.

فإذا استأجر أرضاً سنة لزرعها غلة شتاء وصيف، فلا بد أن يكون لها وقت العقد ماء قائم يسقى به الزرع من عين أو نهر أو نيل أو عثرياً، وهو: الماء المجتمع في أصول الجبال أو على رؤوسها، أو غيلاً، وهو: السيح الجاري، سمي سيحاً لأنه يسيح في الأرض، أو غللاً: وهو الماء بين الشجر، وإنما افتقر عقد الإجارة عليها إلى وجود الماء لزرعها، لأن الزرع لا ينبت في جاري العادة إلا بماء يسقيه فلزم أن يكون لها ماء يمكن معه استيفاء المنفعة منها لأن على المؤجر تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة، فبطلت الإجارة، وهكذا لو كان سقى زرعها بعلاً أو عذياً، والبعل، ما شرب بعروقه، والعذي:

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٣).

ما سقته السماء، فهي كالأرض التي لا ماء لها، لأنه غير قائم فيها، وقد يكون ولا يكون، فلا يصح إجارتها للزرع.

فإذا استأجرها ولها ماء قائم فزرعها إحدى الغلتين، ثم نضب الماء أو نقص أو ملح وتعذر عليه لأجل ذلك زرع الغلة الثانية نظر، فإن توصل المؤجر إلى إعادة الماء بحفر نهر، أو بئر، أو استنباض عين فالإجارة بحالها ولا خيار للمستأجر فيها.

وإن تعذر عليه إعادة الماء أو أمكنه فلم يفعل لم يجبر عليه كما لا يجبر على بناء الدار إذا انهدمت، ولا يجبر البائع على مداواة العبد المبيع إذا ظهر به مرض. ثم للمستأجر الخيار مع بقاء العقد بين المقام عليه أو الفسخ، لما حدث من النقص بتعذر التمكين.

فإن قيل فهلا بطلت الإجارة بانقطاع الماء عنها كما لو انهدمت الدار أو مات العبد، قيل: الفرق بينهما أن الأرض المستأجرة باقية مع انقطاع عنها، والدار تالفة بانهدامها، وكذلك العبد بموته، فلم تبطل الإجارة بانقطاع الماء عن الأرض، وإن بطلت بانهدام الدار، وموت العبد واستحق المستأجر الخيار للنقص الداخل عليه، فإن أقام فعليه الأجرة المسماة، وإن فسخ فله فسخ الإجارة فيما بقي من المدة، وفي جواز فسخها فيما مضى وجهان:

أحدهما: ليس له ذاك لأنه قد صار مستهلكاً لما مضى من المدة باستيفائها ومن استهلك معقوداً عليه لم يستحق خياراً في فسخه، فعلى هذا يقيم على ما مضى من المدة بحصته من الأجرة، ويرجع لباقي المدة بحصته من الأجرة.

والثاني: له الخيار في فسخ ما مضى، كما كان له الخيار في فسخ ما بقي لأنها صفقة فلم يفترق حكمها في الخيار، فعلى هذا إن فسخ في الجميع رجع بالمسمى، وكان عليه أجرة المثل ما مضى، وإن قام على ما مضى، وفسخ فيما بقي، لزم من الأجرة بقسط ما مضى، ورجع منها بقسط ما بقي، وقد خرج قول آخر: إنه يقيم على ما مضى بكل الأجرة وإلا فسخ وهذا ليس بصحيح.

فإذا أراد أن يرجع بحصة ما بقي لم يقسط ذلك على المدة، وإنما يقسط على أجرة المثل، فإذا كان الماضي من المدة نصفها لم يرجع بنصف الأجرة وقيل: «كم تساوي أجرة مثل المدة الماضية؟ فإذا قيل عشرون ديناراً، قيل وكم تساوي أجرة مثل المدة الباقية؟ فإذا قيل: عشرة دنانير رجع بثلث الأجرة، ولو كان أجرة ما مضى عشرة وأجرة ما بقي عشرون، رجع بثلثي الأجرة، لأنه قد تختلف أجرة مثل المدتين، فلم يجز أن يقسط على أعدادها ولزم أن يقسط على أجور أمثالها والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ تَكَارَاهَا سَنَةً فَزَرَعَهَا فَانْقَضَتِ السَّنَةُ وَالزَّرْعُ فِيهَا لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يُحْصَدَ فَإِنْ كَانَتْ السَّنَةُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا زَرْعاً يُحْصَدُ مَا قَبْلَهَا فَالكِرَاءُ جَائِزٌ وَلَيْسَ لِرَبِّ الزَّرْعِ أَنْ يُثَبِّتَ زَرْعَهُ وَعَلَيْهِ أَنْ يَنْقُلَهُ عَنِ الأَرْضِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ رَبُّ الأَرْضِ تَرْكَهُ. قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَإِذَا شَرَطَ أَنْ يَزْرَعَهَا صِنْفاً مِنَ الزَّرْعِ يُسْتَحصدُ أَوْ يُسْتَقْصَلُ قَبْلَ السَّنَةِ فَأَخَّرَهُ إِلَى وَقْتٍ مِنَ السَّنَةِ وَانْقَضَتِ السَّنَةُ قَبْلَ بُلُوغِهِ فَكَذَلِكَ أَيْضاً وَإِنْ تَكَارَاهَا لِمُدَّةٍ أَقَلَّ مِنْ سَنَةٍ وَشَرَطَ أَنْ يَزْرَعَهَا شَيْئاً بِعَيْنِهِ وَيَتْرُكُهُ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ وَكَانَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَنْ يُسْتَحْصَدَ فِي مِثْلِ المُدَّةِ الَّتِي تَكَارَاهَا فَالكِرَاءُ فِيهِ فَاسِدٌ مِنْ قِبَلِ إِنْ أُثْبِتَ بَيْنَهُمَا شَرْطَهُمَا وَلَمْ أُثْبِتْ عَلَى رَبِّ الأَرْضِ أَنْ يُسْقِي زَرْعَهُ فِيهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ أَبْطَلْتُ شَرْطَ الزَّارِعِ أَنْ يَتْرُكَهُ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ وَإِنْ أُثْبِتَ لَهُ زَرْعَهُ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ أَبْطَلْتُ شَرْطَ رَبِّ الأَرْضِ فَكَانَ هَذَا كِرَاءً فَاسِداً وَلِرَبِّ الأَرْضِ كِرَاءُ مِثْلِ أَرْضِهِ إِذَا زَرَعَهُ وَعَلَيْهِ تَرْكُهُ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ».

قال في الحاوي: وصورة هذه المسألة أن يستأجر الرجل أرضاً مدة معلومة ليزرعها زرعاً موصوفاً فزرعها، ثم انقضت المدة، قبل استحصاد زرعها، فلا يخلو حال المدة من ثلاثة أقسام: **أحدها**: أن يعلم أن ذلك الزرع يستحصد في مثلها، **والثاني**: أن يعلم أنه لا يستحصد في مثلها، **والثالث**: أن يقع الشك فيه.

فأما الأول: وهو أن يعلم بجاري العادة أن مثل ذلك الزرع يستحصد في مثل تلك المدة فانقضت المدة قبل استحصاده، فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون تأخر استحصاده لعدوله عن الجنس الذي شرطه إلى غيره مثل أن يستأجر خمسة أشهر لزرع الباقلا، فيزرعها براً، فستقضي المدة، والزرع غير مستحصد، فهذا يؤخذ بقلع زرعه قبل استحصاده لأنه بعدوله عن الباقلا إلى البر يصير متعدياً فلم يستحق استيفاء زرع تعدى فيه، فإن تراضى المؤجر والمستأجر على تركه إلى أوان حصاده بأجرة المثل فيما زاد على المدة أقر، وإن رضي المستأجر وأبى المؤجر، أو رضي المؤجر وأبى المستأجر من بدل أجرة المثل قلع.

والثاني: أن يكون تأخير استحصاده لتأخير بذره من غير عدول عن جنسه، فهذا مفرط، ويؤخذ بقلع زرعه قبل استحصاده لأن تفريطه لا يلزم غيره، فإن بذل أجرة مثل المدة الزائدة، ورضي المؤجر بقبولها ترك وإلا قلع.

والثالث: أن يكون تأخير استحصاده لأمر سمائي، من استدامة برد، أو تأخير مطر، أو دوام ثلج، ففيه وجهان:

أحدهما: يترك إلى وقت استحصاده لأنه لم يكن من المستأجر عدوان، ولا تفريط فإذا ترك إلى وقت الحصاد ضمن المستأجر أجرة مثل المدة الزائدة على عقده.

والثاني: أن يؤخذ بقلع زرعه ولا يترك لأنه قد كان يقدر على الاستظهار لنفسه في

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٣، ٩٤).

استزادة المدة خوفاً من حادث سماء، فلما لم يستظهر صار مفرطاً.

فصل:

وأما القسم الثاني من أقسام الأصل، وهو أن يعلم بجاري العادة أن مثل ذلك الزرع لا يستحصد في مثل تلك المدة، مثل أن يستأجرها أربعة أشهر لزرع من بر أو شعير فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشرط قلعه عند تقضي المدة، فهذه إجارة جائزة لأنه قد يريد زرعه قصيلاً، ولا يريده حباً، فإذا انقضت المدة أخذ بقلع زرعه وقطعه.

والثاني: أن يشرط تركه إلى وقت حصاده، فهذه إجارة فاسد لأن اشتراط استيفاء الزرع بعد مدة الإجارة ينافي موجبها، فبطلت ثم للزراع استيفاء زرعه إلى وقت حصاد، وإن بطلت الإجارة، فلا يؤخذ بقلع زرع، لأنه زرع عن إذن اشترط فيه الترك، وعليه أجرة المثل والفرق بين هذه المسألة في استيفاء الزرع مع فساد الإجارة، وبين أن يؤخذ بقلعه فيما تقدم من الأقسام مع صحة الإجارة: أن الإجارة إذا بطلت روعي الإذن دون المدة، وإذا صحت روعيت المدة.

والثالث: أن يطلق العقد فلا يشترط فيه قلعاً ولا تركاً، فقد اختلف أصحابنا هل إطلاقه يقتضي القلع أو الترك على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه يقتضي القلع اعتباراً بموجب العقد، فعلى هذه الإجارة صحيحة، ويؤخذ المستأجر بقلع زرعه عند تقضي المدة.

والثاني: وهو ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه أن الإطلاق يقتضي الترك إلى أوان الحصاد اعتباراً بالعرف فيه، كما أن ما لم يبد صلاحه من الثمار يقتضي إطلاق بيعه للترك إلى وقت الصرام اعتباراً بالعرف فيه، فعلى هذا تكون الإجارة فاسدة، ويكون للمستأجر ترك زرعه إلى وقت حصاده، وعليه أجرة المثل كما لو شرط الترك.

وأما القسم الثالث من أقسام الأصل وهو أن يقع الشك في تلك المدة هل يستحصد الزرع فيها كأنه استأجرها خمسة أشهر لزرع البر أو الشعير فقد يجوز أن يستحصد الزرع في هذه المدة في بعض البلاد وبعض السنين، ويجوز أن لا يستحصد، فيكون حكم هذا القسم حكم ما علم أنه يستحصد فيه ويكون حكم هذا القسم حكم ما علم أنه لا يستحصد فيه على ما مضى إسقاطاً للشك واعتباراً باليقين والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا تَكَارَى الأَرْضَ الَّتِي لَا مَاءَ لَهَا إِنَّما يُسْقَى بِنُطَفِ سَمَاءٍ أَوْ بِسَيْلٍ إِنْ جَاءَ فَلَا يَصِحُّ كِرَاؤُهَا إِلَّا عَلَى أَنْ يُكْرِيهِ إِيَّاهَا أَرْضاً بَيْضَاءَ لَا

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٥).

مَاءَ لَهَا يَصْنَعُ بِهَا الْمُسْتَكْرَي مَا شَاءَ فِي سَنَتِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَبْنِي وَلَا يَغْرِسُ فَإِذَا وَقَعَ عَلَى هَذَا صَحَّ الكِرَاءُ وَلَزِمَهُ زَرَعَ أَوْ لَمْ يَزْرَعْ فَإِنْ أَكْرَاهُ إِيَّاهَا عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا وَلَمْ يَقُلْ أَرْضاً بَيْضَاءَ لَا مَاءَ لَهَا وَهُمَا يَعْلَمَان أَنَّهَا لَا تُزْرَعُ إِلَّا بِمَطَرٍ أَوْ سَيْلٍ يَحْدُثُ فَالكِرَاءُ فَاسِدٌ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، قد ذكرنا إجارة الأرض للزرع لا تجوز إلا أن يكون لها ماء قائم تغتذي به الزرع، فإذا كانت الأرض بيضاء لا ماء لها، وإنما تسقى بما حدث من نطف سماء من مطر أو طل أو بحدوث سيل من زيادة واد أو نهر فلا تصح إجارتها للزرع إلا أن يقول أجرتكها على أنها أرض بيضاء لا ماء لها لتصنع بها ما شئت على أن لا تبنى ولا تغرس لأنه إذا لم يشرط هذا وقد استأجرها للزرع، توهم المستأجر أن المؤجر ملتزم بحفر بئر أو نهر لما عليه من حقوق التمكين، وذلك غير لازم له فلم يكن بد من شرط ينفي هذا التوهم، ويزيل هذا الاحتمال وإذا كان هكذا فلا يخلو حال العقد من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترط أن لا ماء لها فالإجارة صحيحة على ما وصفنا وللمستأجر أن يزرعها ولا يغرسها، ويحفر فيها للزرع بئراً إن شاء، وعليه طمها عند انقضاء المدة.

والثاني: أن يشترط أن لها ماء، وهو ما يحدث من سيل أو مطر فالإجارة باطلة لأن السيل والمطر قد يحدث وقد لا يحدث.

والثالث: أن يطلق العقد، فلا يشرط أنها بيضاء لا ماء لها، ولا يشرط أن لها ماء يحدث، فلا يخلو حال الأرض من أمرين:

أحدهما: أن تكون رخوة يمكن حفر بئر فيها أو شق نهر إليها فالإجارة باطلة لما فيها من احتمال التزام المؤجر لذلك.

والثاني: أن تكون صلبة لا يمكن من حفر بئر فيها ولا شق نهر إليها كأراضي الجبال ففيه وجهان حكاهما أبو إسحاق المروزي:

أحدهما: وهو اختياره أن إجارتها مع عدم الشرط وإطلاق العقد جائزة لأن استحالة ذلك فيها يغني عن الشرط، ويقوم مقامه.

والثاني: أن إجارتها مع الإطلاق باطلة ما لم يقترن بها شرط لأنه مع استحالة حفرها قد يجوز أن ينصرف إلى زرعها بما يحدث من سيل أو سماء.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَتْ الأَرْضُ ذَاتَ نَهرٍ مِثْلِ النِّيلِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَعْلُو الأَرْضَ عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا زَرْعاً لَا يَصْلُحُ إِلَّا بِأَنْ يُرْوَى بِالنِّيلِ لَا بِئْرَ لَهَا مَشْرَبَ غَيْرُهُ فَالكِرَاءُ فَاسِدٌ».

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٥).

قال في الحاوي: وصورتها في أرض على نهر يعلو على ماء البئر فلا يقدر على سقيها إلا بأن يزيد ماء ذلك النهر حتى يعلو فيسقيها كأرض النيل والفرات وما انحدر من أرض دجلة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يؤجرها عند زيادة الماء وعلوه، وإمكان سقي الأرض به فالإجارة جائزة لوجود الماء وإمكان الزرع، وليس ما يخاف من صدور نقصانه بمانع من صحة الإجارة لأمرين:

أحدهما: أن ما يظن من حدوث الأسباب المفسدة للعقد لا يمنع في الحال من صحته، كموت العبد، وانهدام الدار.

والثاني: أن حدوث النقصان إنما يكون عرفاً بعد اكتفاء الأرض وارتواء الزرع فلم يكن له تأثير.

والثاني: أن يؤجرها عند نقصان الماء وقبل زيادته فالإجارة باطلة لأمرين:

أحدهما: أن زرعها بعد العقد غير ممكن فصار استيفاء المنفعة متعذراً.

والثاني: أن حدوث الزيادة مظنون قد يحدث ولا يحدث، وقد يحدث منها ما يكفي، وما لا يكفي، فلهذين بطلت الإجارة.

فصل:

فأما أرض البصرة ذات المد والجزر فإجارتها للزرع جائزة في وقت المد والجزر، لأنه معتاد لا يتغير المد عن وقته ولا الجزر عن وقته على حسب أيام الشهور وأحوال القمر لا تختلف عادته ولا يختلف وقته.

فصل:

فإذا كانت أرض من أراضي الجبال قد استقرت فيها نداوة المطر حتى يمكن زرعها به من غير مطر يأتي، ولا سيل يحدث جاز أن تؤاجر للزرع، وإن لم يكن له ماء مشاهد، لأن زرعها على حالها هذه ممكن فصارت كالأرض ذات الماء.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا تَكَارَاهَا وَالمَاءُ قَائِمٌ عَلَيْهَا وَقَدْ يَنْحَسِرُ لا مَحَالَةَ فِي وَقْتٍ يُمْكِنُ فِيهِ الزَّرْعُ فَالكِرَاءُ جَائِزٌ وَإِنْ كَانَ قَدْ يَنْحَسِرُ وَلَا مَحَالَةَ فِي وَقْتٍ يُمْكِنُ فِيهِ الزَّرْعُ فَالكِرَاءُ جَائِزٌ وَإِنْ كَانَ قَدْ يَنْحَسِرُ وَلَا يَنْحَسِرُ كَرِهْتُ الكِرَاءَ إِلَّا بَعْدَ انْحِسَارِهِ».

قال في الحاوي: وصورتها في أرض دخلها الماء حتى علا عليها، وأقام فيها

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٥).

فاستؤجرت للزرع فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الماء كثيراً يمنع من مشاهدتها لكدرة وكثرته ولم تتقدم رؤية المستأجر لها قبل علوه فالإجارة باطلة للجهل بحال ما تناوله العقد.

والثاني: أن يكون الماء صافياً لا يمنع من مشاهدتها، أو يكون قد تقدم رؤية المستأجر قبل علو الماء عليها، وإن كان مانعاً من مشاهدتها فهما في الحكم سواء فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يستأجرها لما يمكن زرعه مع بقاء الماء عليها كالأرز فالإجارة جائزة.

والثاني: أن لا يمكن زرعه مع بقاء الماء عليه كالحنطة فهذا على ثلاث أقسام:

أحدها: أن يعلم بجاري العادة أن الماء لا ينحسر عنها قبل وقت الزراعة فالإجارة باطلة لأن استيفاء ما استؤجرت له متعذر.

والثاني: أن يشك في انحسار الماء عنها قبل وقت الزراعة فالإجارة باطلة إسقاطاً للشك واعتباراً باليقين في بقاء الماء والله أعلم.

والثالث: أن يعلم أن الماء ينحسر عنها يقيناً قبل وقت الزراعة، فإن كان لأن لها مغيضاً يمكن إذا فتح الماء أن يفيض فيه فالإجارة جائزة للقدرة على إرسال ماءها، والمكنة من زراعتها، وإن كان ذلك للعادة الجارية فيها فإنها تشرب مائها، وتنشفه الأرض والرياح عرفاً قائماً فيها، وعادة جارية لا يختلف فيها ففي صحة إجارتها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي والظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه أن الإجارة جائزة لما استقر من العرف فيها.

والثاني: حكاه أبو علي بن أبي هريرة عن بعض المتقدمين أن الإجارة باطلة لأن زرعها في الحال غير ممكن وارتقاء عليها يقين.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ غَرَّقَهَا بَعْدَ أَنْ صَحَّ كِرَاؤُهَا نِيلٌ أَوْ سَيْلٌ أَوْ شَيْءٌ يُذْهِبُ الأَرْضَ أَوْ غُصِبَتْ انْتَقَضَ الكِرَاءُ بَيْنَهُمَا مِنْ يَوْمِ تَلِفَتِ الأَرْضُ».

قال في الحاوي: وصورتها في أرض استؤجرت للزرع فغرقت أو غصبت فلا يخلو حال غرقها أو غصبها من أحد أمرين، إما أن يكون زماناً يسيراً كالثلاث فما دون فالإجارة صحيحة لا تبطل بما حدث من غرقها أو غصبها في هذه المدة اليسيرة، لكنه عيب قد طرأ والمستأجر لأجله بالخيار بين المقام أو الفسخ، وإن كان الزمان كثيراً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون في ابتداء المدة من حين الإجارة، فقد بطلت للحائل بين

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٦).

المستأجر وما استأجره، كما لو مات العبد أو انهدمت الدار، ثم للمستأجر أن يرجع بالأجرة كلها.

والثاني: أن يكون بعد مضي بعض المدة، كأنه مضى من المدة نصفها، وبقي نصفها، فالإجارة فيما بقي منها باطلة، ثم مذهب الشافعي رضي الله عنه جوازها فيما مضى، ومن أصحابنا من خرج قولاً ثانياً أنها باطلة فيما مضى لبطلانها فيما بقي جمعاً للصفقة ومنعاً من تفريقها في الحكم وهو تخريج فاسد، لما تقدم من تعليل فساده.

فإذا قيل بهذا التخريج في بطلان ما مضى وما بقي رجع المستأجر بجميع المسمى ورجع المؤجر بأجرة مثل ما مضى، وإذا قيل: بصحتها فيما مضى، وإن تبطل فيما بقي فالمذهب لزومه وسقوط خيار المستأجر فيه، فعلى هذا يقيم عليه بقسطه من الأجرة، وفيه وجه آخر أن له فيه الخيار لما حدث من تفريق الصفقة بين المقام أو الفسخ. فإن فسخ التزم أجرة مثل ما مضى، ورجع بالمسمى، وإن أقام فأصح القولين أنه يقيم بقسطه من الأجرة، والثاني: وهو مخرج أنه يقيم بكل الأجرة وإلا فسخ.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالى: «فَإِنْ تَلِفَ بَعْضُهَا وَبَقِيَ بَعْضٌ وَلَمْ يَزْرَعْ فَرَبُّ الزَّرْعِ بِالخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ مَا بَقِيَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الكِرَاءِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا لأَنَّ الأَرْضَ لَمْ تُسَلَّمْ لَهُ كُلُّهَا وَإِنْ كَانَ زَرَعَ بَطُلَ عَنْهُ مَا تَلِفَ وَلَزِمَهُ حِصَّةُ مَا زَرَعَ مِنَ الكِرَاءِ وَكَذَا إِذَا جَمَعَتِ الصَّفَقَةُ مِائَةُ صَاعٍ بِثَمَنٍ مَعْلُوم فَتَلِفَ خَمْسُونَ صَاعاً فَالمُشْتَرِي بِالخَيَارِ فِي أَنْ يَأْخُذَ الخَمْسِينَ بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ أَوْ يَرُدَّ الْبَيْعَ لأَنَّهُ لَمْ يُسَلَّمْ لَهُ كُلُّ مَا اشْتَرَى وَكَذَلِكَ لَوْ اكْتَرَى دَاراً فَانْهَدَمَ بَعْضُهَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ مِنْهَا مَا بَقِيَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الكِرَاءِ وَهَذَا بِخِلَافِ مَا لَا يَتَبَعَّضُ مِنْ عَبْدٍ اشْتَرَاهُ فَلَمْ يَقْبَضْهُ حَتَّى حَدَثَ بِهِ عَيْبٌ فَلَهُ الخِيَارُ بَيْنَ أَخْذِهِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ أَوْ رَدِّهِ لأَنَّهُ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ مَا هُوَ غَيْرُ مَعِيبٍ وَالمَسْكَنُ يَتَبَعَّضُ مِنَ المَسْكَنِ مِنَ الدَّارِ وَالأَرْضِ كَذَلِكَ».

قال في الحاوي: وصورتها في رجل استأجر أرضاً فغرق السيل بعضها وبقي بعضها فالإجارة في الذي غرق منها باطلة ثم المذهب أنها في الباقي منها جائزة وهو بالخيار في فسخ الإجارة فيه أو أخذه بقسطه من الأجرة لتقسيط الأجرة على أجزاء الأرض كتقسيط ثمن الصبرة على أجزاء الصبرة، وليس كالعبد الذي إذا قطعت يده لم يقسط عليه الثمن، كان ذلك عيباً يوجب خيار المشتري في أخذه بجميع الثمن، أو فسخ البيع فيه، وقد خرج قول إن الإجارة باطلة فيما بقي لبطلانها فيما غرق، ويمنع المستأجر من زرع الباقي، فإن زرعه ضمن أجرة مثله دون المسمى وليس بصحيح.

---

(١) انظر الأم (٣/٩٦، ٩٧).

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ مَرَّ بِالأَرْضِ مَاءٌ فَأَفْسَدَ زَرْعَهُ أَوْ أَصَابَهُ حَرِيقٌ أَوْ جَرَادٌ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ فَهَذَا كُلُّه جَائِحَةٌ عَلَى الزَّرْعِ لَا عَلَى الأَرْضِ كَمَا لَوْ اكْتَرَى مِنْهُ دَاراً لِلبَزِّ فَاحْتَرَقَ البَزُّ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، إذا استأجر الرجل أرضاً، فزرعها، ثم هلك الزرع بزيادة ماء أو لشدة برد، أو دوام ثلج، أو أكل جراد، فالإجارة بحالها ولا خيار للمستآجر فيها، لأن الأرض المعقود عليها سليمة يمكن استيفاء منافعها، وإنما حدثت الجائحة في مال لم تبطل الإجارة لسلامة المعقود عليه، ولو احترق الدكان بطلت الإجارة لتلف المعقود عليه.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ اكْتَرَاهَا لِيَزْرَعَها قَمْحاً فَلَهُ أَنْ يَزْرَعَهَا مَا لَا يَضُرُّ بِالأَرْضِ إِلَّا إِضْرَارَ القَمْحِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، إذا استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فله أن يزرع الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل، وليس له أن يزرعها ما ضرره أكثر من ضرر الحنطة، وقال داود بن علي: «لا يجوز إذا استأجرها الزرع الحنطة أن يزرعها غير الحنطة، وإن كان ضرره أقل من ضرر الحنطة استدلالاً بقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] فلم يجز عما تضمنه العقد، قال ولأنه لما لم يجز إذا اشترى بدراهم بأعيانها أن يدفع غيرها من الدراهم، وإن كانت مثلها لما فيه من العدول عما اقتضاه العقد، كذلك في إجارة الأرض لزرع الحنطة لا يجوز أن يعدل فيها عن زرع الحنطة.

ودليلنا هو أن ذكر الحنطة في إجارة الأرض إنما هو لتقدير المنفعة به لا لتعيين استيفاءه، ألا تراه لو تسلم الأرض ولم يزرعها لزمته الأجرة لأن ما تقدرت به المنفعة المستحقة قد كان ممكناً من استيفاءه، ولو تعين الاستيفاء بالعقد ما لزمته الأجرة.

فإذا ثبت أن ذكر الحنطة لتقدير المنفعة فهو إذا استوفى المنفعة بما تقدرت به في العقد وبغيره جاز، كما لو استأجر لحمل قفيز من حنطة فحمل قفيزاً غيره، وكما لو استأجرها ليزرع حنطة يعينها فزرع غيرها، ولأن عقد الإجارة يتضمن أجرة يملكها المؤجر ومنفعة يملكها المستأجر فلما جاز للمؤجر أن يستوفي حقه من الأجرة كيف شاء بنفسه وبوكيله وبمن يحيله جاز للمستأجر أن يستوفي حقه من المنفعة كيف شاء بزرع الحنطة وغير الحنطة وبإعارتها لمن يزرعها وبتركها وتعطيلها.

فأما استدلاله بقوله تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١] فمثل الحنطة مما تضمنه

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٧).

(٢) انظر الأم (٣/ ٩٧).

العقد بما دللنا.

وأما الجواب عما استدل به من تعيين الأثمان بالعقد فكذا في الإجارة، فهو أن الفرق بينهما في التعيين متفق عليه لأن الدراهم تتعين بالعقد حتى لا يجوز العدول إلى جنسها، والحنطة لا تتعين في عقد الإجارة، وإنما الخلاف في تعيين جنسها، ألا تراه لو استأجرها لزرع حنطة بعينها جاز له العقود إلى غيرها من الحنطة فكذلك يجوز أن يعدل إلى غير الحنطة.

فصل:

فإذا تقرر ما وصفنا لم يخل حال من استأجر أرضاً لزرع الحنطة من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يستأجرها لزرع الحنطة وما أشبهها فيجوز له بوفاق داود أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل إلا أن داود يجيزه بالشرط، ونحن نجيزه بالعقد والشرط تأكيد.

والثاني: أن يستأجرها لزرع الحنطة، ويغفل ذكر ما سوى الحنطة فهذا القسم الذي خالف فيه داود، فمنعه من زرع غير الحنطة، ويجوز له عندنا أن يزرعها غير الحنطة مما ضرره كضرر الحنطة أو أقل.

والثالث: أن يستأجرها لزرع الحنطة على أن لا يزرع ما سواها، ففيه ثلاثة أوجه حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدها: أن الإجارة باطلة لأنه شرط فيها ما ينافي موجبها.

والثاني: أن الإجارة جائزة، والشرط باطل، وله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة، لأنه لا يؤثر حق المؤجر فالغنى.

والثالث: أن الإجارة جائزة والشرط لازم وليس له أن يزرعها غير الحنطة، لأن منافع الإجارة إنما تملك بالعقد على ما سمى فيه، ألا تراه لو استأجرها للزرع لم يكن له الغرس فكذلك إذا استأجرها لنوع من الزرع.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ يَضُرُّ بِهَا مِثْلَ عُرُوقٍ تَبْقَى فِيهَا فَلَيْسَ ذَلِكَ فَإِنْ فَعَلَ فَهُوَ مُتَعَدٍّ وَرَبُّ الأَرْضِ بِالخَيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الكِرَاءَ وَمَا نَقَصَتِ الأَرْضُ عَمَّا يُنْقِصُهَا زَرْعُ القَمْحِ أَوْ يَأْخُذُ مِنْهُ كِرَاءَ مِثْلِهَا. قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الأَوَّلُ أَوْلَى لأَنَّهُ أَخَذَ مَا اكْتَرَى وَزَادَ عَلَى المُكْرِي ضَرَراً كَرَجُلٍ اكْتَرَى مَنْزِلاً يُدْخِلُ فِيهِ مَا يَحْمِلُ سَقْفُهُ فَحَمَلَ فِيهِ أَكْثَرَ فَأَضَرَّ ذَلِكَ بِالمَنْزِلِ فَقَدِ اسْتَوْفَى سُكْنَاهُ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ ضَرَرِهِ وَكَذَلِكَ لَوْ اكْتَرَى مَنْزِلاً سُفْلاً فَجَعَلَ فِيهِ القَصَّارِينَ أَوْ الحَدَّادِينَ فَتَقَلَّعَ البِنَاءُ فَقَدِ اسْتَوْفَى مَا اكْتَرَاهُ وَعَلَيْهِ بِالتَّعَدِّي مَا نَقَصَ بِالمِنْزِلِ».

قال في الحاوي: إذا استأجر أرضاً لزرع الحنطة لم يكن له أن يغرسها ولا أن

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٧، ٩٨).

يزرعها ما هو أكثر ضرراً من الحنطة كالدخن والكتان والذرة، فإن فعل فقد تعدى، ويؤخذ بقلع زرعه لأنه غير مأذون فيه فصار كالغاصب، وهل يصير بذلك ضامناً لرقبة الأرض حتى يضمن قيمتها إن غصبت أو تلفت بسيل؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي حامد الإسفراييني: أنه يضمنها لأنه قد صار ـ بالعدول عما استحقه ـ غاصباً والغاصب ضامن.

والثاني: وهو الأصح: ـ وهو الأصح ـ أنه لا يضمن رقبة الأرض، لأن تعديه في المنفعة في الرقبة.

فإن تمادى الأمر بمستأجرها حتى حصد زرعه ثم طولب بالأجرة فالذي نص عليه الشافعي أن رب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وما نقصت الأرض، وبين أن يأخذ أجرة المثل.

فاختلف أصحابنا فكان المزني وأبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة يخرجون تخيير الشافعي رضي الله عنه على قولين:

أحدهما: أن رب الأرض يرجع بأجرة المثل دون المسمى لأن تعدي الزارع بعدوله عن الحنطة إلى ما هو أضر منها كتعديه بعدوله عن الأرض إلى غيرها، فلما كان بعدوله إلى غير الأرض ملتزماً لأجرة المثل دون المسمى فكذلك بعدوله إلى غير الحنطة.

والثاني: أنه يرجع بالمسمى من الأجرة وينقص الضرر الزائد على الحنطة لأنه قد استوفى ما استحقه وزاد، فصار كمن استأجر بعيراً من مكة إلى المدينة فتجاوز به إلى البصرة فعليه المسمى وأجرة المثل في الزيادة وقال الربيع وأبو العباس بن سريج وأبو حامد المروروزي: إن المسألة على قول واحد، وليس التخيير منه اختلافاً للقول فيها فيكون رب الأرض بالخيار بين أن يفسخ الإجارة ويرجع بأجرة المثل لأنه عيب قد دخل عليه فجاز أن يكون به مخيراً بين المقام أو الفسخ.

فأما المزني فإنه اختار أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض واستدل بمسألتين:

إحداهما: أن يستأجر بيتاً لحمولة مسماة فيعدل إلى غيرها، فهذا ينظر، فإن استأجر سفل بيت ليحرز فيه مائة رطل حديد فأحرز فيه مائة وخمسين رطلاً أو عدل عن الحديد إلى القطن فلا ضمان عليه لأن سفل البيت لا تؤثر فيه هذه الزيادة، ولا العدول عن الجنس، وإن كان علو بيت تكون الحمولة على سقفه، فإن كانت الإجارة لمائة رطل من حديد فوضع عليه مائة وخمسين رطلاً فهذه زيادة متميزة فيلزمه المسمى من الأجرة وأجرة مثل الزيادة، وإن كان قد استأجره لمائة رطل قطناً فوضع فيه مائة رطل من حديد فهذا ضرر لا يتميز لأن القطن يتفرق على السقف، والحديد يجتمع في موضع منه، فكان أضر، فيكون رجوع المؤجر على ما ذكرنا من اختلاف أصحابنا في القولين.

والثانية: من دليل المزني على اختياره: أن يستأجر داراً للسكنى فيسكن فيها حدادين أو قصارين، أو ينصب فيها رحى، فهذه زيادة ضرر لا يتميز، فيكون رجوع المؤجر على ما وصفنا من اختلاف أصحابنا في القولين فلم يكن للمزني فيما استشهد به دليل من مذهب ولا حجاج.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ قَالَ لَهُ ازْرَعْهَا مَا شِئْتَ فَلَا يُمْنَعُ مِنْ زَرْعِ مَا شَاءَ وَلَوْ أَرَادَ الغِراسَ فَهُوَ غَيْرُ الزَّرْعِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا استأجرها ليزرعها ما شاء صح الكراء وله أن يزرعها جميع أصناف الزرع مما يكثر ضرره أو يقل، فإن زرعها ما يكثر ضرره فقد استوفى جميع حقه، وإن زرع ما يقل ضرره فقد استوفى بعض حقه وسامح ببعضه.

فإن قيل: فهلا بطلت الإجارة كما لو استأجر دابة ليحمل عليها ما شاء قيل الفرق بينهما: أنه قد يشاء أن يحمل على الدابة ما لا تحتمله فتهلك وليس يشاء أن يزرع الأرض ما لا تحتمله لأنه إن شاء أن يزرع ما تضعف الأرض عن احتماله هلك الزرع دون الأرض.

فأما إذا استأجرها للزرع فأراد الغرس لم يكن له ذاك لأن ضرر الغرس أكثر من ضرر الزرع من وجهين:

أحدهما: أنه أدوم بقاء من الزرع.

والثاني: أنه أنشر عروقاً في الأرض من عروق الزرع.

ولكن لو استأجر للفرس فأراد الزرع كان له لأن ضرر الزرع أقل، وله أن يستوفي بعض حقه، وليس له أن يريد على حقه.

فلو استأجرها للفرس، فأراد أن يبني فيها لم يجز، لأن ضرر البناء قد يزيد على ضرر الغرس في صلابة الأرض وخشونتها، ولو استأجرها للبناء لم يكن له أن يزرع ولا يغرس لأن الزرع والغرس يفسدها ويرخيها.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ قَالَ ازْرَعْهَا أَوْ اغْرِسْهَا مَا شِئْتَ فَالكِرَاءُ جَائِزٌ قَالَ المُزَنِيُّ أَوْلَى بِقَوْلِهِ أَنْ لَا يَجُوزَ هَذَا لأَنَّهُ لَا يَدْرِي يَغْرِسُ أَكْثَرَ الأَرْضِ فَيَكْثُرُ الضَّرَرُ عَلَى صَاحِبِهَا أَوْ لَا يَغْرِسُ فَتَسْلَمَ أَرْضُهُ مِنَ النُّقْصَانِ بِالغَرْسِ فَهَذَا فِي مَعْنَى المَجْهُولِ وَمَا لَا يَجُوزُ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ وَباللَّهِ التَّوْفِيقِ».

---

(١) انظر الأم (٣/٩٨).

(٢) انظر الأم (٣/٩٨).

قال في الحاوي: وهذا الفصل يشتمل على ثلاث مسائل:

إحداهن: أن يقول قد أجرتكما لتزرعها إن شئت أو تغرسها إن شئت فالإجارة صحيحة وهو مخير بين زرعها إن شاء، وبين غرسها، فإن زرع بعضها وغرس بعضها جاز، لأنه لما جاز له غرس الجميع كان غرس البعض أولى بالجواز.

والثانية: أن يقول قد أجرتكما لتزرعها أو تغرسها فالإجارة باطلة لأنه لم يجعل له الأمرين معاً ولا أحدهما معيناً فصار ما أجره له مجهولاً.

والثالثة: أن يقول قد أجرتكما لتزرعها وتغرسها ففيه وجهان:

أحدهما: وهو مذهب المزني: أن الإجارة باطلة، لأنه لما لم يخيره بين الأمرين وجمع بينهما صار ما يزرع منها ويغرس مجهولاً، وهذا قول أبي إسحاق.

والثاني: وهو ظاهر كلام الشافعي، وقاله ابن أبي هريرة أن الإجارة صحيحة، وله أن يزرع النصف، ويغرس النصف لأن جمعه بين الأمرين يقتضي التسوية بينهما، فلو زرع جميعها جاز، لأن زرع النصف المأذون في غرسه أقل ضرراً، ولو غرس جميعها لم يجز لأن غرس النصف المأذون في زرعه أكثر ضرراً.

مسألة(1):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ انْقَضَتْ سِنُوهُ لَمْ يَكُنْ لِرَبِّ الأَرْضِ أَنْ يَقْلَعَ غَرْسَهُ حَتَّى يُعْطِيَهُ قيمَتَهُ وَقِيمَة ثَمَرَتِهِ إِنْ كَانَتْ فِيهِ يَوْمَ يَقْلَعَهُ. قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَلِرَبِّ الغِرَاسِ إِنْ شَاءَ أَنْ يَقْلَعَهُ عَلَى أَنَّ عَلَيْهِ مَا نَقَصَ الأَرْضَ وَالغِرَاسَ كَالبِنَاءِ إِذَا كَانَ بِإِذْنِ مَالِكِ الأَرْضِ مُطْلَقاً. قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ القِيَاسُ عِنْدِي وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقِ أَنَّهُ إِذَا أَجَّلَ لَهُ أَجَلاً يَغْرِسُ فِيهِ فَانْقَضَى الأَجَلُ أَوْ أَذِنَ لَهُ بِبِنَاءٍ فِي عَرَصَةٍ لَهُ سنينَ وَانْقَضَى الأَجَلُ أَنَّ الأَرْضَ وَالعَرَصَةَ مَرْدُودَتَانِ لأَنَّهُ لَمْ يُعره شَيْئاً فَعَلَيْهِ رَدُّ مَا لَيْسَ لَهُ فِيهِ حَقٌّ عَلَى أَهْلِهِ وَلَا يُجْبَرُ صَاحِبُ الأَرْضِ عَلَى غِراسٍ وَلَا بِنَاءٍ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ وَاللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ **[النِّسَاء: ٢٩] وَهَذَا قَدْ مَنَعَ مَالَهُ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِي مَا لَا يَرْضَى شِرَاءَهُ فَأَيْنَ التَّرَاضِي».**

قال في الحاوي: وصورتها فيمن استأجر أرضاً ليبني فيها ويغرس فانقضى الأجل والبناء والغراس قائم في الأرض فليس له بعد انقضاء الأجل أن يحدث بناء ولا غرساً، فإن فعل كان متعدياً وأخذ بقلع ما أحدثه بعد الأجل من غرس وبناء فأما القاسم في الأرض قبل انقضاء الأجل فلا يخلو حالهما فيه عند العقد من ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن يشترطها قلعه عند انقضاء المدة فيؤخذ المستأجر بقلع غرسه وبناءه لما تقدم من شرطه، وليس عليه تسوية ما حدث ما حفر الأرض لأنه مستحق بالعقد.

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٩).

والثانية: أن يشترطا تركه بعد انقضاء المدة، فيقر ولا يفسد العقد بهذا الشرط لأنه من موجباته لو أخل بالشرط ويصير بعد انقضاء المدة مستعيراً، مذهب الشافعي رضي الله عنه فلا تلزمه أجرة، وعلى مذهب المزني على أجرة ما لم يصرح له بالعارية، فإن قلع المستأجر غرسه وبناءه لزمه تسويه ما حدث من حفر الأرض لأنه لم يستحقه بالعقد، وإنما استحقه بالملك. وهذا قول جميع أصحابنا، وإنما اختلفوا في تعليله، فقال بعضهم: العلة فيه أنه لم يستحقه بالعقد، وهو التعليل الذي ذكرناه فعلى هذا لو قلعه قبل انقضاء المدة لم يلزمه تسوية الأرض.

والثالثة: أن يطلقا العقد فلا يشترطان فيه قلعه ولا تركه فينظر، فإن كان قيمة الفرس والبناء مقلوعاً كقيمته قائماً أخذ المستأجر بقلعه لأنه لا ضرر يلحقه فيه، ولا نقص، وإن كان قيمته مقلوعاً أقل من قيمته قائماً ـ وهو الأغلب ـ نظراً فإن بذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء قائماً أو ما بين قيمته قائماً أو مقلوعاً لم يكن للمستأجر تركه، لأن ما يدخل عليه من الضرر بقلعه يزول ببذل القيمة أو النقص وقيل: لا نجبرك على أخذ القيمة، ولكن نخيرك بين أن تقلعه أو تأخذ قيمته، وليس لك إقراره وتركه.

وإن لم يبذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء ولا قدر النقص نظر في المستأجر فإن امتنع من بذل أجرة المثل بعد تقضي المدة لم يكن له إقرار الغرس والبناء وأخذ بقلعه، وإن بذل أجرة المثل مع امتناع رب الأرض من بذل القيمة أو النقص فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن الغرس والبناء مقر لا يؤخذ المستأجر بقلعهما، ويؤخذ أجرة مثلهما، وقال أبو حنيفة والمزني ويؤخذ المستأجر بقلعهما ولا يجبر رب الأرض بعد انقضاء المدة على تركهما استدلالاً بما ذكره المزني من قول الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النِّسَاء: ٢٩].

وليس من رب الأرض رضى بالترك فلم يجبر عليه، ولأنه لما أخذ بقلع زرعه عند انقضاء المدة لم يقر إلى أوان حصاده مع أن زمان حصاده محدود فلأن يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع الجهل بزمانهما أولى، ولأن تحديد المدة يوجب اختلاف الحكم في الاستيفاء كما أوجب اختلاف الحكم في إحداث الغرس والبناء. وهذا المذهب أظهر حجاجاً وأصح اجتهاداً واستدل أصحابنا على تركه وإقراره بقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[1].

فاقتضى ذلك وقوع الفرق بين الظالم والمحق، فلم يجز أن يسوي بينهما في الأخذ بالقلع، قالوا ولأن من أذن لغيره في إحداث حق في ملكه كان محمولاً فيه على العرف المعهود في مثله كمن أذن لجاره في وضع أجذاعه في جداره كان عليه تركه على الأبد، ولم يكن له أخذه بقلعها لأن العادة جارية باستدامة تركها، كذلك الغرس والبناء العادة فيهما جارية بالترك والاستيفاء، دون التقلع والتناول فحملا على العادة فيهما، وهذا الاستدلال يفسد بالزرع لأن العادة جارية بتركه إلى أوان حصاده ثم هي غير معتبرة حين يؤخذ بقلعه والله أعلم.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٣٧٨)، والنسائي (٥٧٦٠، ٥٧٦٢)، والدارقطني (٣/ ٣٦).

فصل:

وإذا كانت الإجارة فاسدة، فبنى المستأجر فيها وغرس فهو في الإقرار والترك على ما ذكرناه في الإجارة الصحيحة، لأن الفاسد من كل عقد حكمه حكم الصحيح في الأمانة والضمان.

فصل:

وإذا أراد المستأجر بيع بناءه وغرسه قائماً في الأرض فإن باعه على رب الأرض جاز، وإن باعه على غيره ففي البيع وجهان:

أحدهما: باطل لأن ملك المستأجر عليه غير مستقر، لأن رب الأرض متى بذل له قيمته أجبر على أخذها أو قلعه.

والثاني: أن البيع جائز لأن ما يخاف من زوال ملكه في الثاني لا يمنع من جواز بيعه في الحال كالمبيع إذا استحقت فيه الشفعة.

وهكذا رب الأرض إذا أراد بيعها فإن باعها على مالك الغرس والبناء جاز، وإن باعها على غيره كان على هذين الوجهين.

ولكن لو اجتمع رب الأرض وصاحب الغرس والبناء على البيع جاز وكان الثمن مقسطاً على القيمتين.

فصل:

فأما إذا أراد المزارع بيع الأكارة والعمارة فقد قال أبو حنيفة: ءن كانت له إثارة جاز له بيعها، وإن لم يكن له إثارة لم يجز لأنه يصير إدخال يد بدلاً من يده بثمن. وقال مالك: يجوز له بيعها في الأحوال كلها ويجعل الأكار شريكاً لرب الأرض بعمارته، وعلى مذهب الشافعي رضي الله عنه لا يجوز بيع العمارة ما لم تكن أعياناً لأن عمارة الأرض تبع لها.

فصل:

وإذا دفع الرجل أرضه إلى رجل ليبني فيها ويغرس على أن يكون ذلك بينهما نصفين لم يجز، وكانت الأرض على ملك ربها، والغراس والبناء على ملك ربه، وله إقراره ما بقي. وعليه أجرة المثل، وقال مالك يجوز أن يدفع الرجل أرضه إلى رجل ليغرسها فسيلاً، فإذا صرت الفسيلة على ثلاث سعفان كانت الأرض والنخل بينهما وهذا مذهب يغني ظهور فساده عن إقامة دليل عليه.

فصل:

وإذا وقف صاحب الغرس والبناء غرسه وبناءه قائماً صح للوقف ولم يكن لرب الأرض أن يبذله يبذل له قيمة ذلك قائماً لأنه وقف لا يصح بيعه، وله أن يأخذ الواقف بقلعه إن بذل له أرض نقصه، فإذا قلعه لزمه أن ينقله إلى أرض أخرى يكون وقفاً فيها جارياً على سبيله.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا اكْتَرَى فَاسِداً وَقَبَضَهَا وَلَمْ يَزْرَعْ وَلَمْ يَسْكُنْ حَتَّى انْقَضَتِ السَّنَةُ فَعَلَيْهِ كِرَاءُ المِثْلِ».

قد ذكرنا أن ما قبضه المستأجر عن عقد صحيح فمنافعه مضمونة عليه سواء تصرف فيه أو لم يتصرف، فأما ما قبضه عن عقد فاسد من أرض أو دار فهو أيضاً ضامن لأجرة مثلها سواء سكن وتصرف أو لم يسكن ولن يتصرف.

وقال أبو حنيفة: إن تصرف ضمن الأجرة، وإن لم يتصرف لم يضمنها استدلالاً بأنه عقد لا يستحق فيه التسليم فلم يستحق فيه العوض إلا بالانتفاع، كالنكاح الفاسد طرداً والصحيح عكساً.

ودليلنا هو أنها منافع يضمنها في العقد الصحيح فوجب أن يضمنها في العقد الفاسد، وإن تصرف، ولأن ما ضمنه من المنافع بالتصرف ضمنها بالتلف على يده من غير تصرف كالعقد الصحيح، ولأن المنافع جارية مجرى الأعيان في المعاوضة والإباحة، ثم ثبت أن ما قبض من الأعيان عن عقد فاسد فهو مضمون عليه، وسواء تلف بتصرفه أو غير تصرفه كالعقد الصحيح وجب أن تكون المنافع إذا تلفت مضمونة في العقد الفاسد كضمانها في العقد الصحيح.

فأما الجواب عن قياسه على النكاح الفاسد، فهو أنه إن كانت المنكوحة حرة فالحرة لم تزل يدها عن نفسها ولا عن بضعها فلذلك لم يضمن مهر بضعها إلا بالتصرف وإن كانت أمة فإنه وإن استقر الغصب على منافعها فهو غير مستقر على بضعها بل يدها عليه أثبت، ولذلك وجب على الغاصب أجرة مثله، استخدام أو لم يستخدم، ولم يجب عليه مهر مثلها ما لم يستمتع بها، ولذلك منع سيد الأمة من بيعها إذا غصبت لأن يد الغاصب حائلة، ولم يمنع من تزويجها إذا غصبت، لأنه ليس للغاصب على البضع يد حائلة والله أعلم وأحكم.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا اكْتَرَى دَاراً سَنَةً فَغَصَبَهَا رَجُلٌ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ كِرَاءٌ لأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ مَا اكْتَرَى».

---

(١) انظر الأم (٣/ ٩٩).

(٢) انظر الأم (٣/ ٩٩، ١٠٠).

قال في الحاوي: وهذا كما قال إذا غصبت الأرض المستأجرة من يد المستأجر فله الفسخ، وهل تبطل الإجارة بالغصب على قولين:

أصحهما: باطلة، والمستأجر بريء من أجرة مدة الغصب، ولا يكون المستأجر خصماً للغاصب فيها لأن خصم الغاصب إنما هو المالك أو وكيله، وليس المستأجر مالكاً ولا وكيلاً، فلم يكن خصماً.

والثاني: أن الإجارة لا تبطل، لأن غاصبها ضامن لمنافعها، لكن يكون المستأجر بحدوث الغصب مخيراً بين المقام والفسخ، فإن فسخ سقطت عنه الأجرة، ولم يكن خصماً للغاصب فيها، وإن أقام فعليه المسمى، ويرجع بأجرة المثل على الغاصب ويصير خصماً له في الأجرة دون الرقبة، إلا أن يبقى من مدة الإجارة شيء، فيجوز أن يصير خصماً في الرقبة ليستو في حقه من المنفعة.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا اكْتَرَى أَرْضاً مِنْ أَرْضِ العُشْرِ أَوْ الخَرَاجِ فَعَلَيْهِ فِيمَا أَخْرَجَتِ الصَّدَقَةِ خَاطَبَ اللَّهُ تَعَالَى المُؤْمِنِينَ فَقَالَ: ﴿وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعَام: ١٤١] وَهَذَا مَالُ مُسْلِمٍ وَحَصَادُ مُسْلِمٍ فَالزَّكَاةُ فِيهِ وَاجِبَةٌ».

قال في الحاوي: وجملة الأرضين ضربان، أرض عشر، وأرض خراج، فأما أرض العشر فهو ما أحياه المسلمون أو غنموه فاقتسموه، أو أسلموا عليه فملكوه، فالعشر في زرعها واجب إن زرعها مسلم، ولا عشر فيه إن كان الزرع لمشرك.

وقال أبو حنيفة: إذا اشترى الذمي أرض عشر صارت أرض خراج ولا تعود إلى العشر أبداً.

وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى: يضاعف عليه العشر ويكون فيئاً، فإن عادت إلى مسلم حولت إلى العشر.

وقال مالك: يجبر الذمي على بيعها، ولا تقر في يده، ولا يؤخذ منه عشر. وعلى مذهب الشافعي رضي الله عنه أن أرض العشر لا تنتقل إلى الخراج أبداً فإن ملكها ذمي أقرت في يده ولا عشر عليه، وإن ملكها مسلم أخذ منه العشر عن زرعها.

فلو أجرها المالك وزرعها المستأجر كان عشر زرعها واجباف على الزارع المستأجر دون المؤجر المالك.

وقال أبو حنيفة: على المؤجر دون المستأجر، لأنه قد عاوض على الأرض فانتقل الحق إليه وهذا خطأ لقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤١] ولقوله ﷺ: «فيما سقت السماء العشر».

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٠٠).

ولأن من ملك زرعاً التزم عشره إن كان من أهله كالمستعير، ولأن اعتياض المؤجر عن منافع الأرض لا يوجب التزام حقوق الزرع كالنفقة.

فصل:

وأما أرض الخراج فضربان خراج يكون جزية، وخراج يكون أجرة، فالخراج الذي يكون جزية هو ما ضربه الأئمة على أرض أهل العمد مع إقرارها على ملكهم فهذه الأرض إن زرعها أهل العهد وجب عليهم الخارج دون العشر، وإن أسلموا أو انتقلت عنهم إلى مسلم وجب العشر في زرعها وسقطت الخراج، فإن استأجرها منه مسلم وجب الخراج عليهم لبقاء ملكهم عليها، ووجب العشر على المسلم لملكه للزرع، وأما الخراج الذي يكون أجرة كأرض السواد التي ضرب عمر رضي الله عنه عليها خراجاً جعله إما ثمناً وإما أجرة على اختلاف الناس فيه فلا يسقط عن رقاب الأرض بإسلام أهلها، فإن زرعها مسلم هي بيده لزمه الحقان الخراج عن الرقبة والعشر عن الزرع.

وقال أبو حنيفة: عليه الخراج وحده دون العشر لأن لا يجتمع فيها حقان، وقد دللنا عليه في كتاب الزكاة في إيجاب الحقين معاً بما أغنى عن إعادته، ولو كان إسقاط أحد الحقين بالآخر لكان العشر المستحق بالنص أثبت وجوباً من الخراج المضروب عن اجتهاد.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي اكْتِرَاءِ دَابَّةٍ مَوْضِعٍ أَوْ فِي كِرَائِهَا أَوْ فِي إِجَارَةِ الأَرْضِ تَحَالَفَا فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الرُّكُوبِ وَالزَّرْعِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا وَإِنْ كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ كَانَ عَلَيْهِ كِرَاءُ المِثْلِ».

قال في الحاوي: إذا اختلف المتكاريان في قدر الأجرة أو في قدر المدة أو في قدر المسافة تحالفا كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا، فإن أقام كل واحد منهما ببينته تعارضتا وفيهما قولان:

أحدهما: تسقط البينتان ويتحالفان.

والثاني: يقرع بينهما فأيهما قرعت يحكم بها.

وقال أبو حنيفة: إن اختلفا في قدر المسافة فقال رب الدابة اكتريتها من مكة إلى الكوفة فقال الراكب إلى بغداد فالقول قول رب الدابة مع يمينه، ولو أقاما على ذلك بينة فالبينة بينة الراكب لأنها أزيد، ولو قال رب الدابة اكتريتها بعشرين وقال الراكب بعشرة فالقول قول الراكب، فإن أقاما بينة فالبينة بينة رب الدابة لأنها أزيد.

(١) انظر الأم (٣/ ١٠٠).

وهذا مردود باختلاف المتبايعين لأنهما معاً اختلفا في صفة عقد معاوضة فاقتضى أن يستويا في التحالف.

فإذا اختلفا وفسخ العقد بينهما إما بالتحالف أو بالفسخ الواقع بعد التحالف على ما مضى في البيوع نظر فإن لم يمض من المدة شيء ترادا الكراء والمكري، وإن مضت المدة التزم المكتري أجرة المثل واسترجع المسمى، وسواء كانت أجرة المثل أقل مما ادعاه المكري أو أكثر لأنها قيمة متلف.

فصل:

وليس لمؤجر الأرض أن يحتبس الأرض على المستأجر على دفع الأجرة، ولا للحمال أن يحبس ما استؤجر على حمله من المتاع ليأخذ الأجرة لأنه في يده أمانة وليس برهن، فأما الصانع المستأجر على عمل من خياطة أو صياغة أو صبغ هل له احتباس ما بيده من العمل على أجرته؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذاك قياساً على ما ذكرنا.

والثاني: له ذاك لأن عمله ملك له كالبائع والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ رَبُّ الأَرْضِ بِكَرَاءٍ وَقَالَ الْمُزَارِعُ عَارِيَةٌ فَالقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الأَرْضِ مَعَ يَمِينِهِ وَيَقْلَعُ الزَّارِعُ زَرْعَهُ وَعَلَى الزَّارِعِ كِرَاءُ مِثْلِهِ إِلَى يَوْمِ قَلْعِ زَرْعِهِ وَسَوَاءٌ كَانَ فِي إِبَانِ الزَّرْعِ أَوْ غَيْرِهِ قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ هَذَا خِلَافُ قَوْلِهِ فِي كِتَابِ العَارِيَةِ فِي رَاكِبِ الدَّابَّةِ يَقُولُ أَعَرْتَنِيهَا وَيَقُولُ بَلْ أَكْرَيْتُكَهَا إِنَّ القَوْلَ قَوْلُ الرَّاكِبِ مَعَ يَمِينِهِ وَخِلَافُ قَوْلِهِ فِي الغَسَّالِ يَقُولُ صَاحِبُ الثَّوْبِ بِغَيْرِ أُجْرَةٍ وَيَقُولُ الغَسَّالُ بِأُجْرَةٍ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ وَأَوْلَى بِقَوْلِهِ الَّذِي قَطَعَ بِهِ فِي كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ. وَقَدْ بَيَّنْتُهُ فِي كِتَابِ العَارِيَةِ».

قال في الحاوي: قد مضت هذه المسألة في كتاب العارية مستوفاة ولكن نشير إليها لمكان إعادتها، فإذا اختلف رب الأرض وزارعها فقال ربها بأجرة وقال زارعها عارية قال الشافعي رضي الله عنه القول قول رب الأرض دون الزارع وقال في الدابة إذا اختلفت ربها والراكب فقال ربها بأجرة وقال راكبها عارية أن القول قول الراكب، دون ربها، فاختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وجمهور أصحابنا ينقلون جواب كل مسألة إلى الأخرى، ويخرجونها على قولين ذكرنا توجيهها. وكان أبو العباس بن سريج يحمل جواب كل واحدة من المسألتين على ظاهرة، ويجعل القول في الدابة قول راكبها دون ربها، وفي الأرض القول قول ربها دون زراعها اعتباراً بالعرف في إعارة الدواب وإجارة الأرضين.

فإذا قيل إن القول قول رب الأرض والدابة فمع يمينه وله أجرة المثل فيما مضى

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٠١).

على أصح وجهي أصحابنا وفي الآخر المسمى، وإذا قيل: إن القول قول الزارع والراكب فلا أجرة عليه فيما مضى، وعليه رفع يده في المستقبل، فإ كان له في الأرض زرع فإن امتنع من أجرة المثل في المستقبل قلع، لأن قوله إنما قبل في الماضي دون المستقبل، وإن بذلها أقر زرعه والله أعلم.

كتاب إحياء الموات

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «بِلَادُ المُسْلِمِينَ شَيْئَانِ عَامِرٌ وَمَوَاتٌ، فَالعَامِرُ لأَهْلِهِ وَكُلُّ مَا صَلُحَ مِنْ طَرِيقٍ وَفِنَاءٍ وَمَسِيلِ مَاءٍ وَغَيْرِهِ فَهُوَ كَالْعَامِرِ فِي أَنْ لَا يُمْلَكَ عَلَى أَهْلِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ وَالمَوَاتُ شَيْئَانِ: مَوَاتٌ مَا قَدْ كَانَ عَامِراً لأَهْلِهِ مَعْرُوفاً فِي الإِسْلَامِ ثُمَّ ذَهَبَتْ عِمَارَتُهُ فَصَارَ مَوَاتاً فَذَلِكَ كَالعَامِرِ لأَهْلِهِ لَا يُمْلَكُ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ. وَالمَوَاتُ الثَّانِي مَا لَا يَمْلِكُهُ أَحَدٌ فِي الإِسْلَامِ يُعْرَفُ وَلَا عِمَارَةَ مَلِكٍ فِي الجَاهِلِيَّةِ إِذَا لَمْ يُمْلَكْ فَذَلِكَ المَوَاتُ الَّذِي قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَحْيَا مَوَاتاً فَهُوَ لَهُ».

قال في الحاوي: والأصل في جواز إحياء الموات وحصول الملك بالإحياء رواية هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لغرق ظالم حق»[2].

وروى وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضاً ميتة فيها أجر وما أكلت العوافي منها فهو له صدقة»[3] والعوافي: جمع عاف وهو طالب الفضل.

وروى نافع عن ابن عمر عن ابن أبي مليكة عن عروة قال: أشهد أن رسول الله ﷺ قضى أن الأرض أرض الله والعباد عباد الله ومن أحيا مواتاً فهو أحق به جاءنا بهذا من النبي ﷺ الذين جاءوا بالصلوات عنه.

وروى شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «من أحاط حائطاً على أرض فهي له»[4].

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «موتان الأرض للَّهِ ورسوله ثم هي لكن مني»[5].

وروى الشافعي عن سفيان عن طاوس عن النبي ﷺ أنه قال: «عمارات الأرض لله ورسوله ثم هي لكم فيء»[6]، ولأن ما لم يجز عليه ملك نوعان: أرض، وحيوان، فلما

---

(١) انظر الأم (٢/ ١٠٢).
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) أخرجه أحمد (٣/ ٣٥٦)، والدارمي (٢/ ٢٦٧)، والترمذي (١٣٧٩)، والنسائي (٥٧٥٦)، وابن حبان (٥١٧٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٨١٤).
(٤) أخرجه أحمد (٥/ ١٢، ٢١)، وأبو داود (٣٠٧٧)، والطبراني في «الكبير» (٧/ ٢٥٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٨١٨).
(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١١٧٨٦).
(٦) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ٢٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٧٨٤).

ملك الحيوان إذا ظهر عليه بالاصطياد ملك موات الأرض إذا ظهر عليه بالإحياء.

فصل:

فإذا تقرر جواز الإحياء قال الشافعي: بلاد المسلمين شيئان: عامر، وموات، وإنما خص الشافعي بلاد المسلمين بما ذكره من قسمي العامر والموات، وإن كانت بلاد الشرك قسمين: عامر، وموات لما ذكره من أن عامر بلاد المسلمين لأهله لا يملك عليه إلا بإذنهم وعامر بلاد الشرك قد يملك عليهم قهراً وغلبة بغير إذنهم وإذا كان كذلك بدأنا بذكر العامر من بلاد المسلمين، ثم بمواتهم أما العامر فلأهله الذين قد ملكوا بأحد أسباب التمليك وهي ثمانية:

أحدها: الميراث.

والثاني: المعاوضات.

والثالث: الهبات.

والرابع: الوصايا.

والخامس: الوقف.

والسادس: الصدقات.

والسابع: الغنيمة.

والثامن: الإحياء.

فإذا ملك عامراً من بلاد الإسلام بأحد هذه الأسباب الثمانية صار مالكاً له ولحريمه ومرافقه من فناء وطريق ومسيل وغير ذلك من مرافق العامر التي لا يستغني العامر عنها، فلا يجوز أن يملك ذلك على أهل العامر بإحياء ولا غيره فمن أحياه لم يملكه وقال داود بن علي: حريم العامر كسائر الموات من أحياه فقد ملكه استدلالاً بقوله ﷺ من أحيا أرضاً مواتاً فهي له، وهذا خطأ، لما روي عن النبي ﷺ قال: «لا حمى إلا في ثلاث: ثلة البئر، وطول الفرس، وحلقة القوم».

وثلة البئر: هو ملقى طينها وطول الفرس وهو ما انتهى الفرس إليه بحبله الذي قد ربط به وحلقة القوم فإنه نهى منه عن الجلوس وسط الحلقة، ولأن حريم العامر قد كان على عهد رسول الله ﷺ ثم على عهد خلفائه مقراً على أهله لم يتعرض أحد لإحيائه مع ما انتهوا إليه عند كثرتهم من ضيق العامر بهم، ولأن لو جاز إحياء حريم العامر ومنع أهله منه بالإحياء ليبطل العامر على أهله وسبط الانتفاع به، لأنه يقضي إلى أن يبني الرجل داراً يسد بها باب جاره فلا يصل الجار إلى منزله وما أدى إلى هذا من الضرر كان ممنوعاً منه، وليس الحريم مواتاً فيصح استدلال داود عليه.

فصل:

وأما الموات فضربان:

أحدهما: ما لم يزل على قديم الدهر مواتاً لم يعمر قط هذا هو الموات الذي قال

فيه رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» فمن أحيا من المسلمين فقد ملكه وإن أحياه ذمي لم يملكه.

وقال أبو حنيفة: يملكه الذمي بالإحياء كالمسلم استدلالاً بعموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» ولأنها أعيان مباحة فجاز أن يستوي في تملكها المسلم والذمي كالصيد، والحطب، ولأن من صح أن يملك بالاصطياد والاحتطاب صح أن يملك بالإحياء كالمسلم، ولأنه سبب من أسباب التمليك فوجب أن يستوي فيه المسلم والذمي كالبيع.

ودليلنا: قوله ﷺ: «الأرض للَّهِ ورسوله ثم هي لكم» فواجه المسلمين بخطابه وأضاف ملك الموات إليهم فدل على اختصاص الحكم بهم.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»[1] إشارة إلى إجلائهم حتى أجلاهم عمر رضي الله عنه من الحجاز فلما أمر بإزالة أملاكهم الثابتة فأولى أن يمنعوا من أن يستحبوا أملاكاً محدثة، لأن استدامة الملك أقوى من الاستحداث، فإذا لم يكن لهم الأقوى فالأضعف أولى؛ ولأن من لم يقر في دار الإسلام إلا بجزية منع من الإحياء كالمعاهد، ولأن ما كل ما لم يملكه الكافر قبل عقد الجزية لم يملكه بعد عقد الجزية.

أصله: نكاح المسلمة؛ ولأنه نوع تمليك ينافي كفر الحربي فوجب أن ينافيه كفر الذمي كالإرث من مسلم.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» فهو أن هذا لخبر وارد في بيان ما يقع به الملك.

وقوله: «ثم هي لكم مني» وارد في بيان من يقع له الملك فصار المعنى في كل واحد منهما فيما قصد له قاضياً على صاحبه فصار الخبران في التقدير كقوله: «من أحيا أرضاً مواتاً من المسلمين فهي له».

وأما الجواب عن قياسهم على الصيد والحطب فهو أنه منتفض بالغنيمة حيث لم يستو المسلم والذمي فيها مع كونها أعياناً مباحة ثم لو سلم من النقض لكان المعنى في الصيد والحطب أن لا ضرر على المسلم فيه إذا أخذه الكافر وليس لذلك الإحياء. ولذلك لم يمنع المعاهد من الاصطياد والاحتطاب وإن منع من الإحياء فكان المعنى الذي فرقوا به في المعاهد بين إحياءه واصطياده هو فرقنا في الذمي بين إحيائه واصطياده وهو الجواب عن قياسهم والثاني يكون لصغار الذمة فاستغلى على من خالف الملة.

وأما الجواب عن قياسهم على البيع فهو أنه منتقض بالزكاة؛ لأنها بسبب من أسباب التمليك الذي يختص بها المسلم دون الذمي، ثم المعنى في البيع أنه لما جاز أن يملك به المعاهد جاز أن يملك به الذمي ولما لم يجز في الإحياء أن يملك به المعاهد لم يملك به الذمي.

---

(١) تقدم تخريجه مراراً.

فصل:

والثاني من الموات: ما كان عامراً ثم خرب فصار بالخراب مواتاً فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون جاهلياً لم يعمر في الإسلام فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد خرب قبل الإسلام حتى صار مواتاً مندرساً كأرض عاد وتبع فهذا كالذي لم يزل مواتاً يملكه من أحياه من المسلمين لقوله ﷺ: «الأرض للّهِ ورسوله ثم هي لكم مني».

والثاني: ما كان باقي العمارة إلى وقت الإسلام ثم خرب وصار مواتاً قبل أن يصير من بلاد الإسلام فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يرفع أربابه أيديهم عنه قبل القدرة عليه فهذا يملك بالإحياء كالذي لم يزل مواتاً.

والثاني: أن يتمسكوا به إلى حين القدرة عليه فهذا يكون في حكم عامرهم لا يملك بالإحياء.

والثالث: أن يجهل حاله فلا يعلم هل رفعوا أيديهم عنه قبل القدرة عليه أم لا؟ ففي جواز تملكه بالإحياء وجهان كالذي جهل حاله.

فصل:

والثاني: في الأصل ما كان عامراً من بلاد الإسلام ثم خرب حتى ذهبت عمارته، واندرست آثاره فصار مواتاً، فقد اختلف الفقهاء في جواز تملكه بالإحياء على ثلاثة مذاهب: فمذهب الشافعي منها: أنه لا يجوز أن يملك بالإحياء، سواء عرف أربابه أو لم يعرفوا.

وقال مالك: يصير كالموات الجاهلي يملكه من أحياه سواء عرف أربابه أو لم يعرفوا.

وقال أبو حنيفة: إن عرف أربابه فهو على ملكهم لا يملك بالإحياء، وإن لم يعرفوا ملك الإحياء، استدلالاً بعموم قوله ﷺ: من أحيا أرضاً مواتاً فهي له، وحقيقة الموات: ما صار بعد الإحياء مواتاً، وما لم يزل مواتاً فإنما يسمى مجازاً، قالوا: ولأن ما صار مواتاً من العامر زال عن حكم العامر كالجاهل، ولأنه موات فجاز إحياؤه كسائر الموات؛ ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه»[1] وهذا مال مسلم.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١١٥٤٢).

وروى عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد فهو أحق بها» فجعل زوال الملك عن الموات شرطاً في جواز ملكه بالإحياء فدل على أن ما جرى عليه ملك لم يجز أن يملك بالإحياء، وروى أسمر بن مضرس قال: قال رسول الله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له مال»(١) فخرج الناس تبعاً يتخاطون، وهذا نص، ولأنها أرض استقر عليها ملك مسلم فلم يجز أن تملك بالإحياء كالذي بقيت آثارها مع مالك، وكالذي تعين أربابها مع أبي حنيفة، ولأن ما صار مواتاً من عامر المسلمين لم يجز أن يملك بالإحياء كالأوقاف والمساجد.

وأما استدلالهم بقوله ﷺ: من أحيا أرضاً مواتاً فهي له فهو دليل عليهم، لأن الأول قد أحياها فوجب أن يكون أحق بها من الناس لأمرين:

أحدهما: أنه أسبق.

والثاني: أن ملكه قد ثبت باتفاق.

وأما الجواب عن قياسهم على الجاهل وعلى الذي لم ينزل أمواتاً فالمعنى فيهما أنهما لم يجر عليهما ملك مسلم.

فصل:

فإذا تقرر أن إحياؤه لا يجوز فإن عرف أربابه فهو أحق به ولهم بيعه إن شاءوا، وإن لم يعرف أربابه فقد اختلف أصحابنا هل يجوز للإمام أن يعطيه من يعمره أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز لاستقرار الملك عليه.

والثاني: لا يجوز إذا رأى ذلك صلاحاً، لقيامه بالنظر العام، وهذان الوجهان حكاهما أبو القاسم بن كج.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَعَطِيَّتُهُ ﷺ عَامَّةً لِمَنْ أَحْيَا المَوَاتَ أَثْبَتُ مِنْ عَطِيَّةِ مَنْ بَعْدَهُ مِنْ سُلْطَانٍ وَغَيْرِه».

قال في الحاوي: وهذا كما قال.

الموات يملك بإحيائه من غير إذن الإمام وإقطاعه وبه قال أبو يوسف ومحمد.

وقال أبو حنيفة: من أحيا مواتاً بغير إذن الإمام لم يملكه وانتزعه من يده وقال مالك: إن كان للأرض ثمن ويشاع الناس عليها ويتنافسون فيها لم يجز إحياؤها إلا بإذن الإمام، وإن كانت مهملة جاز إحياؤها بغير إذنه، واستدل من منع من إحياؤها بغير إذنه، واستدل من منع من إحيائها بغير إذن الإمام بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس للمرء إلا ما طابت به

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٧١)، والطبراني في «الكبير» (١/ ٢٥٥).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٠٢).

نفس إمامه، ولأن ما ثبت أصوله من المباحات لم يملك بغير إذن الإمام كالمعادن، ولأن وجوه المصالح إذا كان اجتهاد للأمام فيها يقطع الاختلاف والتنازع فيها كان إذن الإمام شرطاً في ثبوت ملكها قياساً على بيت المال، ودليلنا قوله ﷺ: من أحيا أرضاً مواتاً فهي له، فكان على عمومه فيما كان بإذن الإمام بغير إذنه، ولأن ما يبتدىء المسلم بملكه لا يفتقر إلى إذن الإمام كالصيد، ولأن كل ما لا يفتقر بملك الصيد إليه لم يفتقر إلى إذن الإمام كالصيد ولأن كل ما لا يفتقر بملك الصيد إليه ما لم يفتقر الإحياء له كإذن غير الإمام، ولأن كل ما لا ينحصر على الإمام الإذن فيه لم يفتقر الإحياء له كإذن غير الإمام، ولأن كل ما لا ينحصر على الإمام الإذن فيه لم يفتقر تملكه إلى إذنه كالماء والحطب، ولأن كل مال لم يملكه مسلم لم يفتقر المسلم في تملكه إلى إذن الإمام كالغنائم، ولأنه نوع تمليك فلم يفتقر إلى إذن الإمام كالبيع والهبة، ولأن الإذن في التمليك إنما يستفاد به رفع الحجر عن المتملك والموات مرفوع الحجر عنه فلم يفده الإذن صحة التمليك، فأما الجواب عن قوله ﷺ: «موتان الأرض للَّهِ ورسوله ثم هي لكم مني».

والثاني: أنه عام من أموال الفيء وأنواع الغنائم وسائر المصالح فخص الموات منه، بقوله ﷺ: «من أحيا أرضاً موات فهي له»، وأما الجواب عن قياسه على المعادن فهو أن المعادن أموال في الحال يتوصل إلى أخذها بالعمل فصارت كأموال بيت المال وليس كذلك الموات، لأنه ليس بمال ولو جاز أن يستويا في كونهما مالاً، لأن الموات قد يصير مالاً لكان المعنى في أموال البيت المال أن إذن الإمام فيها محصور، وفي الموات غير محصور، فإذا ثبت أن الموات يجوز بإذن الإمام وبغير إذنه فكل مسلم أحياه من رجل أو امرأة أو صبي أو مجنون فقد ملكه وملك حريمه الذي لا يستغني عنه، فإن خرب بعد إحيائه حتى صار مواتاً لم يزل عنه ملك ملكه.

وقال مالك: قد زال ملكه بزوال العمارة فإن إحياها غيره كان أحق بها وقد مضى الكلام معه.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «سَوَاءٌ كَانَ إِلَى جَنْبِ قَرْيَةٍ عَامِرَةٍ أَوْ حَيْثُ كَانَ وَقَدْ أَقْطَعَ النَّبِيُّ ﷺ الدُّورَ فَقَالَ حَيٌّ مِنْ بَنِي زُهْرَةَ يُقَالُ لَهُمْ بَنُو عَبْدِ بْنِ زَهْرَةَ نَكَبَ عَنَّا ابْنَ أُمِّ عَبْدٍ فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَلِمَ ابْتَعَثَنِي اللَّهُ إِذَنْ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ لَا يُقَدِّسُ أُمَّةً لَا يُؤْخَذُ فِيهِمْ لِلضَّعِيفِ حَقُّهُ» وَفِي ذَلِكَ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِالمَدِينَةِ بَيْنَ ظَهْرَانَيْ عِمَارَةِ الأَنْصَارِ مِنَ المَنَازِلِ وَالنَّخْلِ وَإِنَّ ذَلِكَ لأَهْلِ العَامِرِ وَدَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ مَا قَارَبَ العَامِرَ يَكُونُ مِنْهُ مَوَاتٌ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح هذه المسألة تشتمل على فصلين:

---

(١) انظر الأم (٣/١٠٣).

أحدهما: في حد الموات إذا اتصل بعامر.

والثاني: هل يستوي فيه جميع الناس أو يختص به أهل العامر، فأما الفصل الأول في حدّ الموت فقد اختلف الفقهاء فيه فمذهب الشافعي: أن الموات كله ما لم يكن عامراً ولا حريماً لعامر سواء قرب من العامر أو بعد، وقال أبو حنيفة: الموات هو كل أرض لا يبلغها الماء وتبعد من العامر وليس عليها ملك لأحد، وقال أبو يوسف: أرض الموات كل أرض إذا وقف على أدناها من العامر ينادي بأعلى صوته لم يسمعه أقرب الناس إليها في العامر، استدلالاً بما رواه عن أبي بكر بن محمد عن جابر أن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضاً دعوة من المصر أو قال فيه من المصر فهي له».

ودليلنا: أن النبي ﷺ اقتطع بين ظهراني عمارة الأنصار ولأن البلاد المحياة على عهد رسول الله ﷺ ثم على عهد خلفاءه متصلة العمارة متلاحقة الجذور ولو كان على ما قالوا لوجب أن يفصل بين كل عمارتين بما ذكروه من التحديد، وما استدل به من حديث جابر فهو دليل عليه؛ لأن فحواه أن ما قرب من المصر جاز إحياؤه.

فصل:

وأما الفصل الثاني من الموات إذا قرب من العامر فإن الناس كلهم يتساووه في إحيائه ولا يكون أهل العامر أحق به، وقال مالك: أهل العامر أحق بإحيائه من غيرهم، والدلالة عليه عموم قوله ﷺ: من أحيا أرضاً مواتاً فهي له، ولأن النبي ﷺ قد اقتطع بين ظهراني عمارة الأنصار لابن مسعود واقتطع المدينة وهو متصل بها، وأقطع للزبير بالبقيع رقض فرسه، وروى علقمة بن نضلة أن أبا سفيان بن حرب قام بفناء داره فضرب برجله وقال: لي سنام الأرض أن لها سناماً زعم ابن فرقد الأسلمي أني لا أعرف حقي من حقه، لي بياض المروة وله سوادها، ولي ما بين كذا إلى كذا فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: ليس لأحد إلا ما أحاطت به جدرانه ولا يملك إلا ما حفر أو زرع، ولأن ما يملك أهل العامر لم يكن لهم المنع من إحيائه قياساً على البعيد من عامره.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالمَوَاتُ الَّذِي للسُّلْطَانِ أَنْ يُقْطِعَهُ مَنْ يُعَمِرُهُ خَاصَّةً وَأَن يَحْمِي مِنْهُ مَا يَرَى أَنْ يَحْمِيَهُ عَامًّا لِمَنَافِعِ المُسْلِمِينَ وَالَّذِي عَرَفْنَا نَصًّا فِيمَا حَمَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ حَمَى النَّقِيعَ وَهُوَ بَلَدٌ لَيْسَ بِالوَاسِعِ الَّذِي إِذَا حُمِيَ ضَاقَتِ البِلَادُ عَلَى أَهْلِ المَوَاشِي حَوْلَهُ وَأَضَرَّ بِهِمْ وَكَانُوا يَجِدُونَ فِيمَا سِوَاهُ مِنَ البِلَادِ سَعَةً لأَنْفُسِهِمْ وَمَوَاشِيهِمْ وَأَنَّهُ قَلِيلٌ مِنْ كَثِيرٍ مُجَاوِزٍ لِلْقَدْرِ وَفِيهِ صَلَاحٌ لِعَامَّةِ المُسْلِمِينَ بِأَنْ تَكُونَ الخَيْلُ المُعَدَّةُ لِسَبِيلِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى وَمَا فَضُلَ مِنْ سَهْمَانِ أَهْلِ الصَّدَقَاتِ وَمَا فَضُلَ مِنَ النَّعَمِ الَّتِي تُؤْخَذُ مِنَ الجِزْيَةِ تُرْعَى جَمِيعُهَا فِيهِ فَأَمَّا الخَيْلُ فَقُوَّةٌ لِجَمِيعِ المُسْلِمِينَ وَمَسْلَكُ سَبِيلِها أَنَّهَا لأَهْلِ الفَيْءِ والمُجَاهِدِينَ وَأَمَّا النَّعَمُ الَّتِي تَفْضُلُ عَنْ سُهْمَانِ أَهْلِ الصَّدَقَاتِ فَيُعَادُ بِهَا عَلَى أَهْلِهَا وَأَمَّا نَعَم الجِزْيَةِ فَقُوَّةٌ لأَهْلِ الفَيْءِ مِنَ المُسْلِمِينَ فَلَا يَبْقَى مُسْلِمٌ إِلَّا

(١) انظر الأم (٣/١٠٣ ـ ١٠٧).

دَخَلَ عَلَيْهِ مِنْ هَذَا خَصْلَةُ صَلَاحٍ فِي دِينِهِ أَوْ نَفْسِهِ أَوْ مَنْ يَلْزَمُهُ أَمْرٌ مِنْ قَرِيبٍ أَوْ عَامَّةٍ مِنْ مُسْتَحِقِّي الْمُسْلِمِينَ فَكَانَ مَا حَمَى عَنْ خَاصَّتِهِمْ أَعْظَمَ مَنْفَعَةً لِعَامَّتِهِمْ مِنْ أَهْلِ دِينِهِمْ وَقُوَّةً عَلَى مَنْ خَالَفَ دِينَ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ مِنْ عَدُوهِمْ وَقَدْ حَمَى عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَوَلَّى عَلَيْهِ مَوْلًى لَهُ يُقَالُ لَهُ هَنِي وَقَالَ لَهُ: يَا هَنِي ضُمَّ جَنَاحَكَ لِلنَّاسِ وَاتَّقِ دَعْوَةَ الْمظْلُوم فَإِنَّ دَعْوَةَ الْمَظْلُوم مُجَابَةٌ وَأَدْخِلْ رَبَّ الصَّرِيمَةِ وَرَبَّ الْغَنِيمَةُ وَأَيَّايَ وَنَعَمَ ابْنَ عَفَّان وَنَعَمَ ابْنَ عَوْفٍ فَإِنَّهُمَا إِنْ تَهْلِكْ مَاشِيَتِهَا يَرْجِعَانِ إِلَى نَخْلٍ وَزَرْعٍ وَإِنَّ رَبَّ الْغَنِيمَةِ يَأْتِينِي بِعِيَالِهِ فَيَقُولُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَفَتَارِكُهُمْ أَنَا؟ لَا أَبَا لَكَ وَالْكَلَأُ أَهْوَنُ مِنَ الدِّرْهَمِ وَالدِّينَارِ. قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَلَيْسَ لِلإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ مِنَ الأَرْضِ إِلَّا أَقَلَّهَا الَّذِي لَا يَتَبَيَّنَ ضَرَرُهُ عَلَى مَنْ حَمَاهُ عَلَيْهِ وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ، قَالَ وَكَانَ الرَّجُلُ الْعَزِيزُ مِنَ الْعَرَبِ إِذَا انْتَجَعَ بَلَداً مُخْصِباً أَوْفَى بِكَلْبٍ عَلَى جَبَلٍ إِنْ كَانَ بِهِ أَوْ نَشَزَ إِنْ لَمْ يَكُنْ ثُمَّ اسْتَوَى كَلْباً وَأَوْقَفَ لَهُ مَنْ يَسْمَعُ مُنْتَهَى صَوْتِهِ بِالْعُوَاءِ فَحَيْثُ انْتَهَى صَوْتُهُ حَمَاهُ مِنْ كُلِّ نَاحِيَةٍ لِنَفْسِهِ وَيَرْعَى مَعَ الْعَامَّةِ فِيمَا سِوَاهُ وَيَمْنَعُ هَذَا مِنْ غَيْرِهِ لِضَعْفِ مَاشِيَتِهِ وَمَا أَرَادَ مَعَهَا فَنَرَى أَنَّ قَوْلَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «لَا حِمَى إِلَّا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ» لَا حِمَى عَلَى هَذَا الْمَعْنَى الْخَاص وَأَنَّ قَوْلَهُ: فَلِلَّهِ كُلُّ مَحْمِيٍّ وَغَيْرُهُ وَرَسُولِهِ ﷺ إِنَّمَا يَحْمِي لِصَلَاحِ عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ لَا لِمَا يَحْمِي لَهُ مِنْ خَاصَّةِ نَفْسِهِ وَذَلِكَ أَنَّهُ ﷺ لَمْ يَمْلِكْ مَالاً إِلَّا مَا لَا غِنَى بِهِ وَبِعِيَالِهِ عَنْهُ وَمَصْلَحَتِهِمْ حَتَّى صَيَّرَ مَا مَلَّكَهُ اللَّهُ مِنْ خُمُسِ الْخُمُسِ وَمَالِهِ إِذَا حَبَسَ قُوتَ سَنَتِهِ مَرْدُوداً فِي مَصْلَحَتِهِمْ فِي الْكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ عُدَّةً فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلأَنَّ نَفْسَهُ وَمَالَهُ كَانَ مُفَرَّغاً لِطَاعَةِ اللَّهِ تَعَالَى».

قال في الحاوي: اعلم أن هذا الباب يشتمل على ثلاثة أحكام تختص بالموات، وهي الإحياء، والإقطاع، والحمى، فأما الإحياء فقد ذكرنا جوازه ومن يجوز له وسنذكر صفته، وأما الإقطاع فإنه لا يصح إلا في موات لم يستقر عليه ملك، وعلى هذا كانت قطائع النبي ﷺ حين أقطع الزبير رفض فرسه من موات البقيع فأجراه ثم رمى بسوطه رغبة في الزيادة فقال: أعطوه منتهى سوطه وأقطع راشد بن عبد ربه السلمي غلوة بسهم، وغلوة حجر برهاط، وأقطع العداء بن خالد بن هوذة ما يقال له سواح الوخيخ، وأقطع العباس بن مرداس منزله بالرشة إلى غير ذلك، فعلى هذا كانت قطائع رسول الله ﷺ إلا ما كان من شأن تميم الداري وأبي ثعلبة الخشني، فإن تميماً سأل النبي ﷺ أن يقطعه عيون البلد الذي كان منه بالشام قبل فتحه، وأبو ثعلبة سأل النبي ﷺ أن يقطعه أرضاً كانت بيد الروم فأعجبه الذي قال فقال: ألا تسمعون ما يقول فقال: والذي بعثك بالحق ليفتحن عليك فكتبت له كتاب فاحتمل ذلك من فعله أن يكون أقطعهما ذلك إقطاعاً تقيد لا إقطاع تمليك، ويجوز أن يكونا مخصوصين بذلك لتعلقه بتصديق إخبار وتحقيق إعجاز، وأما الأئمة بعد رسول الله ﷺ فإن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لم يقطعا إلا مواتاً لم يجر

عليه ملك واصطفى عمر من أرض السواد أموال كسرى وأهل بيته وما هرب عنه أربابه أو هلكوا فكان مبلغ تسعة ألف ألف فكان يصرفها في مصالح المسلمين ولم يقطع شيئاً ثم إن عثمان رضي الله عنه أقطعها، لأنه رأى اقتطاعها أوفر لغلتها من تعطيلها، وشرط على من أقطعها أن يأخذ منه حق الفيء فكان ذلك منه إقطاع إجازة لا إقطاع تمليك وقد توفرت عليه حتى بلغت خمسين ألف ألف فكانت منها إقطاعاً به وصلاته ثم تناقلها الخلفاء وبعده فلما كان عام الجماجم سنة اثنين وثمانين وفتنة ابن الأشعث لحرق الديوان وأخذ كل قوم ما يليهم، وإذا كان إقطاع الإمام إنما يختص بالموات دون العامرة فالذي يؤثره إقطاع الإمام أن يكون المقطع أولى الناس بإحياته من لم يسبق إلى إحيائه لما كان إذنه وفضل اجتهاده، فلو بادر بإحيائها غير المتقطع فهي ملك للمحيي دون المقطع، وقال أبو حنيفة: إن أحياها قبل مضي ثلاث سنين من وقت الإقطاع فهي المقطع، وإن أحياها بعد ثلاث سنين فهي للمحيي، وقال مالك بن أنس: إن أحياها عالماً بالإقطاع فهي للمقطع، وإن أحياها غير عالم بالإقطاع خير المقطع بين أن يعطي المحيي نفقة عمارته وتكون الأرض له وبين أن يترك عليه الأرض ويأخذ قيمتها قبل العمارة، استدلالاً برواية معمر عن ابن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب أن رسول الله ﷺ أقطع أقواها أرضاً فجاء آخرون في زمان عمر رضي الله عنه فأحيوها فقال لهم عمر رضي الله عنه حين فرغوا إليه تركتموهم يعملون ويأكلون ثم جئتم تغيرون عليهم؟ لولا أنها قطيعة رسول الله ﷺ ما أعطيتكم شيئاً، ثم قومها عامرة وقومها غير عامرة ثم قال لأهل الأصل: إن شئتم فردوا عليهم ما بين ذلك وخذوا أرضكم، وإن شئتم ردوا عليكم ثمن أرضكم ثم هي لهم، ودليلنا على أنها ملك المحيي بكل حال دون المقطع قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهي له» ولأن الإقطاع لا توجب التمليك والإحياء يوجب التمليك فإذا اجتمعا كان ما أوجب التمليك أقوى حكماً مما لا يوجبه، فأما حديث عمر رضي الله عنه، فقد قال في قضيته: لولا أنها قطيعة رسول الله ﷺ ما أعطيتكم شيئاً فدل على أن من رأيه أنها للمحيي وإنما عدل عن هذا الرأي لما توجه إليها من إقطاع رسول الله ﷺ فكره أن يبطله، فاستنزل الخصمين إلى ما قضى به مرضاة لا جبراً، فأما إن كان المقطع قد حجرها وجمع ترابها حتى تميزت عن غيرها فجاء غيره فعمرها وحرثها نظر فإن كان المقطع مقيماً على عمارتها حتى تغلب عليها الثاني فعمرها فهي للأول، ويكون الثاني متطوعاً بعمارته، وإن كان المقطع قد ترك عمارتها فعمرها الثاني فهي للثاني دون الأول، وهكذا لو كان الأول قد بدأ بالعمل من غير إقطاع، فهذا الإقطاع.

فصل:

وأما الحمى فهو المنع من إحياء الموات ليتوفر فيه الكلأ فترعاه المواشي، لأن

الحمى في كلامهم هو المنع. ولذلك قال النبي ﷺ: جنب المؤمن من حمى، والحمى على ثلاثة أضرب: حماة رسول الله ﷺ، وضرب حماة الإمام بعده، وضرب حماة غيره من عوام المسلمين.

فأما رسول الله ﷺ فقد روي أنه وقف على جبل البقيع يقال له يعمل فصلى عليه ثم قال: هذا حماي وأشار بيده إلى البقاع، وهو قدر ميل في ستة أميال ما بين يعمل إلى ثلاثين، فحماه لخيل المسلمين والمهاجرين؛ ولأن اجتهاد رسول الله ﷺ في أمته أمضى وقضائه فيهم أنفذ، وكان ما حماه لمصالحهم أولى أن يكون مقراً من إحيائهم وعمارتهم.

فصل:

وأما حمى الإمام بعده، فإن أراد الحمى لنفسه أو لأهله أو للأغنياء خصوصاً لم يجز وكان ما حماه مباحاً لمن أحياه، وإن أراد يحمي لخيل المجاهدين ونعم الجزية والصدقة ومواشي الفقراء نظر فإن كان الحمى يضر بكافة المسلمين وأغنيائهم لضيق الكلأ عليهم بحمى أكثر مواتهم لم يجز وإن كان لا يضر بهم لأنه قليل من كثير يكتفي المسلمون بما بقي من مواتهم ففيه قولان:

أحدهما: لا يجوز أن يحمي، لرواية مجاهد عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: المسلمون شركاء في ثلاث: الماء والنار والكلأ وثمنه حرام.

روى عبيد الله بن عبد الله بن عباس عن الصعب بن جثامة أن رسول الله ﷺ حمى البقيع وقال: «لا حمى إلا لله ولرسوله»[(١)].

والثاني: يجوز له أن يحمي، لما فيه من صلاح المسلمين، ولما روي أن أبا بكر رضي الله عنه حمى بالربذة لإبل الصدقة واستعمل عليه مولاه أبو أسامة وتولاه عليه قرط بن مالك، وحمى عمر بن الخطاب رضي الله عنه الشرف فحمى منه نحو ما حمى أبو بكر رضي الله عنه بالربذة وولى عليه مولى له يقال له هني وقال: يا هني اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مجابة، وادخل رب الصريمة ورب الغنيمة، وإياك ونعم ابن عفان ونعم ابن عوف فإنهما إن تهلك ماشيتها يرجعان إلى نخل وزرع وإن رب الصريمة والغنيمة يأتيني بعياله فيقول: يا أمير المؤمنين: يا أمير المؤمنين: أتاركهم أنا؟ لا أبا لك فالكلأ أهون علي من الدينار والدرهم وأيم الله نودي أني قد طلحتهم إنما أكلأهم والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمله عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبراً. فأما قوله: «المسلمون شركاء في ثلاث» فهو عام خص منه الحمى على أن الحمى يشرك فيه المسلمون، لأن نفع الحمى يعود على كافتهم من الفقراء والأغنياء، أما الفقراء فلأنه مرعى صدقاتهم، وأما الأغنياء فلخيل المجاهدين عنهم، وأما قوله: لا حمى إلا الله فمعناه لا حمى إلا أن يقصد به وجه الله كما فعل

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٧٠)، وأحمد (٤/ ٧١، ٧٣)، والطبراني في «الكبير» (٨/ ٩٥)، والحميدي (٧٨٢)، والدارقطني (٤/ ٢٣٨).

رسول الله ﷺ فيسلم فيما حماه للفقراء المسلمون وفي مصالحهم وخالف فيه فعلى الجاهلية فإن العربي في الجاهلية كانوا إذا استولى على بلد أوفى بكلب فجعله على جبل أو على شيء من الأرض واستعواه فحيث انتهى عواه حماه لنفسه فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيما سواه، وهكذا كان كليب بن وائل إذا أعجبته روضة ألقى فيها كلباً وحمى إلى منتهى عوائه، وفيه يقول معبد بن شعبة الضبي كفعل كليب كنت أنبئت أنه مخطط أكلأ المياة ويمنع وقال العباس بن مرداس كما بغيها كليب لظلمة من العز حتى ضاع وهو قتلها على وائل أن يترك الكلب هائجاً وإذ يمنع الأكلأ منها حولها.

فصل:

وأما حمى الواحد من عوام المسلمين فمحظور وحماه مباح، لأنه إن حمى لنفسه فقد تحكم وتعدى يمنعه، وإن حماه للمسلمين فليس من أهل الولاية عليهم ولا فيمن يؤثر اجتهاده لهم، وقد روى أبو هانىء عن أبي سعيد عن أبي هريرة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تمانعوا فضل الماء ولا فضل الكلأ فيعزل الماء ويجوه العيال»[1] فلو أن رجلاً من عوام المسلمين حمى مواتاً ومنع الناس منه زماناً رعاه وحده ثم ظهر الإمام عليه ورفع يده عنه ولم يغرم ما رعاه، لأنه ليس لمالك ولا يعزره لأنه أحد مستحقيه ونهاه تعديه، فأما أمير البلد ووالي الإقليم إذا رأى أن يحمي لمصالح المسلمين كالإمام فليس له ذلك إلا بإذن الإمام، لأن اجتهاد الإمام أعم، ولكن لو أن والي الصدقات اجتمعت معه مواشي الصدقة وقل المرعى لها وخاف عليها التلف إن لم يحم الموات لها فإن منع الإمام من الحمى كان والي الصدقات أولى، وإن جوز الإمام الحمى ففي جوازه لوالي الصدقات عندما ذكرنا من حدوث الضرورة به وجهان:

أحدهما: يجوز كما يجوز من غير الضرورة فعلى هذا يتعزز الحمى بزمان الضرورة ولا يستديم بخلاف حمى الإمام.

والثاني: لا يجوز أن يحمي، لأنه ليس له أن يرفع الضرر عن أموال الفقراء، بإدخال الضرر على الأغنياء ويكون الضرر إن كان بالفريقين معاً وهذا أصح الوجهين والله أعلم.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَيْسَ لأَحَدٍ أَنْ يُعْطي وَلَا يَأْخُذَ مِنَ الَّذِي حَمَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَإِنْ أُعْطِيَهُ فَعَمَّرَهُ نُقِضَتْ عِمَارَتُهُ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح أما حمى رسول الله ﷺ فلا يجوز أن يمكن أحد من إحيائه، فإن أحياه إنسان لم يخل حال السبب الذي حماه من أجله من مواشي الفقراء ونعم بعلاقات من أن يكون باقياً أو زائلاً، فإن كان السبب باقياً والحاجة إليه ماسة فإحياؤه مردود وعمارته منقوضة وهو على ما حياه بمنع الناس كلهم من إحيائه، لأن حكم رسول الله ﷺ لا يجوز أن يتعقب بنقض، ولا أن يعترض عليه بإبطال، وإن كان السبب

---

(١) أخرجه البخاري (٣٥٠٩)، والدولابي في «الكنى» (٢/ ١٤٩).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٠٧).

زائلاً وحاجة الفقراء إليه قد ارتفعت ونعم الصدقات قد تحولت ففي جواز إحيائه وإقرار عمارته وجهان:

أحدهما: قول قول أبي حامد الإسفراييني: يجوز، لأن السبب يقتضي زوال المسبب، لأن ما وجب لعلة زال بزوالها.

والثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: لا يجوز إحياؤه وإن زال سببه؛ لأنه قد يجوز أن يعود السبب بعد زواله كما أن ما خرب من المساجد بخراب بقاعها لا يجوز بيعه لجواز أن تعود عمارة البقعة فيحتاج إلى مساجدها، ولأن في إحيائه نقض لحكم رسول الله ﷺ فأما حمى الأئمة فإن قيل إنه لا يجوز فإحياؤه جائز، وإن قيل إن حمى الإمام جائز كحمى رسول الله ﷺ فهل يجوز إحياؤه وتمليك محييه فيه قولان:

أحدهما: لا يملكه بالإحياء كما لا يتملك حمى رسول الله ﷺ لأن كليهما حمى محرم.

والثاني: يملك بالإحياء وإن منع منه، لأن حمى الإمام اجتهاد وملك الموات بالإحياء نص، والنص أثبت حكماً من الاجتهاد والله أعلم.

باب ما يكون إحياء

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالإِحْيَاءُ مَا عَرَفَهُ النَّاسُ إِحْيَاءً لِمِثْلِ المُحَيَّا إِنْ كَانَ مَسْكَناً فَبِأَنْ يَبْنِي بِمِثْلِ مَا يَكُونُ مِثْلُهُ بِنَاءً وَإِنْ كَانَ لِلدَّوَابِّ فَبِأَنْ يَبْنِي مَحْظَرَةً وَأَقَلُّ عِمَارَةِ الزَّرْعِ الَّتِي تُمْلَكُ بِهَا الأَرْضُ أَنْ يَجْمَعَ تُرَاباً يُحِيطُ بِهَا تَتَبَيَّنُ بِهِ الأَرْضُ مِنْ غَيْرِهَا وَيَجْمَعَ حَرْثَهَا وَزَرْعَهَا وَإِنْ كَانَ عَيْنُ مَاءٍ أَوْ بِئْرٌ حَفَرَهَا أَوْ سَاقَةٌ مِنْ نَهْرٍ إِلَيْهَا فَقَدْ أَحْيَاهَا».

قال في الحاوي: وهذا صحيح وإنما أطلق رسول الله ﷺ ذكر الإحياء ولم يقيده وإن كان مختلفاً، لأن للناس فيه عرفاً وكلهم إليه كما أطلق ذكر الحرز في قطع السارق والتفريط في البيع والقبض، لأن الناس فيه عرفاً، لأن ما لم يتقدر في الشرع ولا في اللغة كان تقديره مأخوذاً من العرف، وإن كان هكذا فعرف الناس في الإحياء يختلف بحسب اختلاف المحيا فيقال للمحيي: لماذا تريد إحياؤه؟ فإن قال: أريد إحياؤه للسكنى قيل فأقل الإحياء الذي تصير به مالكاً أن تبني حيطاناً تحظر، وسقفاً يورى، فإذا بنيت الحيطان والسقف فقد أحييته وملكته، ولو تبيت ولم تسقف لم يكمل الإحياء ولم يستقر الملك، لأن سكنى ما لم يسقف غير معهود في العرف.

فصل:

فإن قال: أريد إحياؤه وللدواب أو الغنم فأقل الإحياء لذلك أن تبني حياطناً فتصير بذلك محيياً مالكاً، لأن الدواب والغنم قد لا تحتاج في العرف إلى سقف، فلو لم يبن

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٠٧).

حيطانها ولكن عبأ الأحجار حولهما فذلك تحجير يصير به أولى من غيره وليس بإحياء يصير به مالكاً، وهكذا لو حظر عليها بغضب إلا أن يكون ذلك مكاناً جرت عادة أهله أن يبنو أوطانهم بالقصب كعيرين بين آجام البطائح فيصير بذلك محيياً اعتباراً بالعرف فيه، وهكذا في بلاد جبلان عرفهم أن يبنوا منازل أوطانهم بالخشب، فيصير بناؤها بذلك إحياء يتم به الملك لعرفهم به وإن لم يكن في غير بلادهم إحياء.

فصل:

فإن قال: أريد إحيائهما للزرع فلا بدلها من ثلاثة شروط:

أحدها: أن يجمع لهما تراباً يحيط بها ويميزها عن غيرها، وهو الذي يسميه أهل العراق سناه.

الثاني: أن يسوق الماء إليها إن كانت يبساً من نهر أو بئر، وإن كان بطائح حبس الماء عنها، لأن إحياء البطائح يحبس الماء على شروطه.

الثالث: أن يخزنها ليمكن زرعها، والحرث يجمع ويمسح ما استعلا من تطويل ما انخفض، فإن ساق الماء ولم يحرث فقد ملك الماء وحريمه ولم يملك ما تحجر عليه فإذا حدث بعد التحجير وسوق الماء فقد اختلف أصحابنا في كمال الإحياء وحصول الملك على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو المنصوص في كتاب الأم واختاره أبو إسحاق المروزي أن الإحياء قد كمل الملك قد تم وإن لم يزرع ولم يغرس، لأن مثابة الزرع بعد العمارة بمثابة السكنى بعد البناء وليس ذلك شرطاً في الإحياء كذلك الزرع والغرس.

الثاني: وهو المنصوص عليه في هذا الموضع أنه لا يكمل الإحياء ولا يتم الملك إلا بالزرع والغرس بعد الحرث؛ لأنه من تمام العمارة، ومثابة السكنى بعد البناء بمثابة الحصاد بعد الزرع.

الثالث: وهو قول أبي العباس بن سريج لا يكمل الإحياء ولا يتم الملك إلا بالزرع أو الغرس ثم بالسقي، فما لم يسق لم يكمل بالإحياء، لأن العمارة لم تكمل والوجه الأول أصحهما، فإذا كما الإحياء بما وصفنا واستقر ملك المحيي عليها بما بينا فهي أرض عشر وليست أرض خراج، سواء سقيت بماء العشر أو بماء الخراج. وقال أبو حنيفة فأبو يوسف: إن ساق إليها ماء الخراج وسقاها به فهي أرض خراج، وإن ساق إليها ماء العشر فسقاها به فهي أرض عشر، وقال محمد بن الحسن: إن كانت الأرض المحياة على أنهار احتفرتها الأعاجم فهي أرض خراج وإن كانت على أنهار أجراها الله تعالى

كدجلة والفرات والنيل والبحر فهي أرض عشر، وقد أجمع العراقيون على أن ما أحيي من موات البصرة وسباخها أرض عشر، أما على قول محمد بن الحسن فلأن دجلة البصرة مما أبراه الله تعالى من الأنهار، وما عليها من الأنهار المحدثة فهي محياة احتفرها المسلمون في الموات، وأما أبو حنيفة فقد اختلف في علة ذلك على قوله، فذهب بعض أصحابنا إلى أن العلة في ذلك أن ماء دجلة والفرات يستقر في البطائح فينقطع حكمه ويذهب الانتفاع به ثم يخرج إلى دجلة والبصرة فلا يكون من ماء الخراج، لأن البطائح ليست من أنهار الخراج وهذا قول طلحة بن أدم، وقال آخرون: إن علة ذلك ومعناه أن ماء الخراج يفيض إلى دجلة البصرة في حرزها وأرض البصرة يشرب من مدها، والمد من البحر وليس من دجلة والفرات، وهذا تعليل جعلوه عذراً لمذهبهم حين شاهدوا والصحابة ومن تعقبهم من التابعين رضي الله عنهم قد أجمعوا عند إحياء البصرة وهي أول مصر بني في الإسلام على أنها أرض عشر لم يضرب عليها خراج وليست العلة فيه إلا أنه موات استحدث إحياؤه، وكذلك كل موات أحيي، ولأنه لو كان حكم الأرض معتبراً بمائها حتى تصير أرض العشر خراجاً بماء الخراج لوجب أن تصير أرض الخراج عشراً بماء العشر، وفي تركهم للقول بذلك في ماء العشر إبطال لما قالوه في ماء الخراج، ولأن الأرض أصل والماء فرع لأمرين:

أحدهما: أن الماء قد يصرف عن أرض إلى أخرى فيساق إليها ماء أرض أخرى.

والثاني: أن الخراج مضروب على الأرض دون الماء، والعشر مستحق في الزرع دون الأرض والماء إذا كان الماء فرعاً لا يتعلق به أحد الحقين لم يجز أن يعتبر به واحد من الحقين.

فصل:

وإذا أراد الرجل حفر بئر بالبادية فإحيائها يكون بحفرها حتى يصل إلى مائها، فما لم يصل إليه فالإحياء غير تام، فإذا وصل إلى الماء نظر فإن كانت الأرض صلبة لا تحتاج إلى طي فقد كمل الإحياء وتم الملك، وإن كانت الأرض رخوة لا تستغني عن طي صار الطي من كمال الإحياء فما لم يطو فالإحياء لم يكمل، فإذا كمل الإحياء نظر فإن حفرها للسابلة صارت سبيلاً على ذي كبد حرى من آدمي أو بهيمة، ويكن حافرها كأحدهم، فقد وقف عثمان رضي الله عنه بردمه فكان يغترف بدلوه مع الناس، وإن حفرها لنفسه فقد ملكها وحريمها، وليس له أن يمنع فضل مائها، فلو أراد سدها منع منه، لما تعلق بفضل مائها من حقوق السابلة، وهكذا لو حفر نهراً أو ساق عيناً كان في حكم البئر.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَهُ مَرَافِقُهَا الَّتِي لَا يَكُونُ صَلَاحُهَا إِلَّا بِهَا».

قال في الحاوي: وهكذا كما قال قد ذكرنا أن من أحيا أرضاً فقد ملكها وحريمها بدليل ما قدمناه على داود فيما تفرد به عن الكافة في إبطال الحريم، فإذا كان حريم الأرض من حقوقها فهو عندنا معتبر بالعرف فيما لا تستغني الأرض عنه من مرافقها وليس بحدود، فإن كانت الأرض المحياة كان حريمها طرفها ومفيض مائها ويبدو زرعها وما لا تستغني عنه من مرافقها، وقال أبو حنيفة: حريمها ما لم يبلغه مائها وبعد منها.

وقال أبو يوسف: حريمها ما انتهى إليها صوت المنادي من حدودها، وكلا المذهبين تركيب لقدر لم يركبه شرع ولا اقتضاه معهود ولا أوجبه قياس وليس لما لم يوجبه واحد من هذه الثلاثة إلا أن يكون معتبراً بالعرف فيما لا يستغنى عنه.

فصل:

وإن كان المحيا داراً فحريمها طريقها وفناؤها، ولما مصرت البصرة وجعلت خططاً لقبائل أهلها جعل عرض كل شارع من شوارعها عشرون زراعاً إلا الأعظم من شوارعها فإنهم جعلوه ستين ذراعاً، وجعلوا عرض كل زقاق تسع أزرع، وجعلوا في وسط كل قبيلة رحبة فسيحة لمرابط خيلهم ومقابر موتاهم، وقد روى بشير بن كعب عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «إذا اختلف القوم في طريق فليجعل سبعة أذرع»[٢] وهذا إنما قاله اختباراً لا حتماً، لأنه لم يجعل ذلك حداً فيما أحياه لأصحابه بالمدينة.

فصل:

وأما البئر والنهر فحريمها معتبر بالعرف أيضاً من غير تحديد، وكذلك العين وهو قدر ما تدعو الحاجة إليه فيما حولها، وقال أبو حنيفة حريم العين خمس مائة ذراع، وحريم بئر الناضج خمسون ذراعاً.

وقال أبو يوسف: حريم بئر العطن أربعون ذراعاً إلا أن يكون رشاؤه أبعد فتكون له منتهى رشائه، وحريم النهر ملقى طينة عند حفره، وحريم الفناء ما لم يسمح على وجه الأرض وكان جامعاً للماء، والعرف في ذلك أولى من تحديد ما لم يتقدر شرعاً ولا قياساً، فلو حفر بئراً في موات فملكها وحريمها ثم حفر آخر من بعد الحريم بئراً أخرى فنصب ماء الأولى إليها وغار فيها قال الملك: يمنع الثاني ويطم عليه بئره، وهكذا لو حفر الثاني بئراً طهوراً فتغير ماء الأولى طمت الثانية على صاحبها، وذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى أن بئر الثاني مقرة وإن نصب بها ماء الأولى أو تغير، لأنه لا حق للأول فيما جاوز حريم ملكه ولو استحق المنع لتقدير الحريم.

مسألة[٣]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَنْ أَقْطَعَ أَرْضاً أَوْ تَحَجَّرَهَا فَلَمْ يُعْمِرْهَا رَأَيْتُ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يَقُولَ لَهُ إِنْ أَحْيَيْتَهَا وَإِلَّا خَلَّيْنَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَنْ يُحْيِيهَا فَإِنْ تَأَجَّلَهُ رَأَيْتُ أَنْ يَفْعَلَ».

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٠٨).

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٤٩٥)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٢/ ٧٠، ٧١).

(٣) انظر الأم (٣/ ١٠٨).

قال في الحاوي: وهذا كما قال إذا تحجر أرض موات بإقطاع أو غير إقطاع فقد صار بالحجر عليها أحق الناس بها، لثبوت يده عليها، وله بعد ذلك أربعة أحوال:

أحدها: أن يأخذ في الإحياء ويشرع في العمارة فلا اعتراض عليه فيها وهو أحق الناس بها حتى يستكمل العمارة ويتم الإحياء، فلو غلب عليها وأكمل المتغلب إحيائها فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون قد تغلب عليها قبل أن يشرع المحيي في عمارتها فيكون ملكاً للمتغلب المحيي دون المحجر.

الثاني: أن يكون قد تغلب عليها بعد أن شرع المحجر في عمارتها وقبل استكمالها فأكمل المتغلب الإحياء وتمم العمارة ففيها وجهان:

أحدهما: أنها ملك للمحجر، لما استقر من ثبوت يده وتقدم عمارته، ويصير المتغلب متطوعاً بنفقته.

والثاني: أنها ملك المتغلب المحيي، لأنه أحدث ما به يتم الإحياء ويستقر الملك.

فصل:

الثانية: أن يوليها المحجر لغيره ويسلمها إليه فهذا جائز ويصير الثاني أحق بها من الناس كلهم، لأن الأول قد أقامه فيها مقام نفسه وليست هبة منه وإنما هي تولية وإيثار، وهكذا لو مات المحجر كان وارثه قائماً مقامه في إحيائها وأحق الناس بعده، لأن حقوقه بموته تصير منتقلة إلى ورثته فأما إن جن المحجر فلا حق فيها لورثته، لأن الحي لا يورث ولكن يقوم وليه مقامه في إحيائها للمحجر المجنون لا لنفسه فإن أحياها الولي لنفسه صار كمن غلب على أرض موات قد حجرها إنسان فأحياها فيكون على ما مضى.

فصل:

الثالثة: أن يبيعها المحجر قبل العمارة، ففي جواز بيعه وجهان:

أحدهما: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي وطائفة أن بيعها جائز، لأنه لما كان أولى بها يداً جاز أن يكون بها أولى بيعاً، وقد أشار الشافعي إلى هذا في كتاب السير:

والثاني: وهو الأظهر من قول الشافعي وما صرح به في جمهور كتبه: أن بيعها لا يجوز، لأنه بالتحجير لم يملك وإنما ملك أن يملك كالشفيع الذي يملك بالشفعة أن يتملك فلم يجز أن يبيع قبل أن يملك، فإذا قيل بجواز البيع على وجه الأول فالثمن لازم للمشتري أحيا أو لم يحيي، فلو أحياها غير المشتري عليها صارت ملكاً للمتغلب

المحيي، وفي سقوط الثمن عن المشتري وجهان حكاهما ابن أبي هريرة.

أحدهما: وهو اختياره أن الثمن قد سقط عنه، لأنه من قبل المبيع صار مستهلكاً قبل استقرار الأرض بالإحياء وإذا قيل ببطلان البيع على الوجه الثاني فإن أحياها غير المشتري فإن تغلب عليها فهي ملك للمحيي ولا شيء على المشتري، فإن أحياها المشتري نظر فإن كان بعد أن حكم بفسخ البيع فهي ملك للمشتري لمحيي، وإن كان قبل الحكم يفسخ البيع ففيه وجهان:

أحدهما: أنها ملك للمشتري أيضاً، لأن بإحيائها صارت ملكاً كما لو كان المحيي متغلباً.

الثاني: أنها ملك للبائع المحجر، لأن المشتري قصد أن يملكها بالثمن دون الإحياء فإذا لم يلزمه الثمن لفساد البيع لم يحصل له الملك.

فصل:

الرابعة: أن يمسكها المحجر بيده مواتاً لا يأخذ في عمارتها فينظر فإن كان في ترك العمارة معذوراً ترك ولم يعترض عليه فيها، وإن أخر العمارة غير معذور فعلى السلطان أن يقول له: إن أحييتها وأخذت في عمارتها وإلا رفعت يدك عنها وخلينا بينها وبين من يحميها ويعمرها، لأن لا يصير مضراً بالحمى وتعطيل العمارة.

وقال أبو حنيفة: يؤجل ثلاثة سنين لا نخاطب فيها فإن لم يحمها حتى مضت السنين الثلاث فلا حق له فيها، استدلالاً بأن عمر رضي الله عنه جعل أجل الإقطاع ثلاث سنين، وهذا القول لا وجه له، وعمر رضي الله عنه إنما جعل ذلك في بعض الأحوال المصلحة رآها ولم يجعل ذلك أجلاً شرعياً، لأن النبي ﷺ لم يقدر فيها أجلاً، فلو أن المحجر حين أمره السلطان بالإحياء أو رفع يده سأل التأجيل والإنظار أجله مدة قريبة إن ظهر له إعذار ويرجى قرب زوالها من إعداد آلة أو جمع رجال أو قدم مال قريب الغيبة، ولا يؤجل ما يطول زمانه أو ما لا تظهر فيه أعذاره وبالله التوفيق.

باب ما يجوز أن يقطع وما لا يجوز

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «مَا لَا يَمْلِكُهُ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ يُعْرَفُ صِنْفَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا مَضَى وَلَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِمَا يَسْتَحْدِثُهُ فِيهِ وَالثَّانِي: مَا لَا تُطْلَبُ الْمَنْفَعَةُ فِيهِ إِلَّا بِشَيْءٍ يَجْعَلُ فِيهِ غَيْرَهُ وَذَلِكَ الْمَعَادِنُ الظَّاهِرَةُ وَالبَاطِنَةُ مِنَ الذَّهَبِ وَالتِّبْرِ وَالْكُحْلِ وَالكِبْرِيت وَالْمِلْحِ وَغَيْرِهِ».

---

(١) انظر الأم (٣/١٠٨).

قال في الحاوي: وجملة ما لم يملكه من الأرض ضربان: معادن وموات، فأما الموات فقد انقضى حكمه، وأما المعادن فهي البقاع التي أودعها الله عز وجل جواهر الأرض سميت بذلك، لإقامة الجواهر فيها كما قال تعالى: ﴿جَنَّٰتِ عَدْنٍ﴾ [التّوبة: ٧٢] أي جنات إقامة غير أن المزني أخطأ في نقله فقال ما لا يطلب المنفعة فيه إلا بشيء يجعل فيه غيره وهذه صفة الموات التي لا منفعة فيه إلا أن يجعل فيه غيره من غرس أو زرع أو بناء، فأما المعادن فهي التي بطلت المنفعة فيها لا بشيء يجعل فيه غيره من غرس أو زرع أو بناء، لأن منفعته مخلوقة فيه.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأَصْلُ المَعَادِنِ صِنْفَانِ مَا كَانَ ظَاهِراً كَالمِلْحِ فِي الجِبَالِ تَنْتَابُهُ النَّاسُ فَهَذَا لَا يَصْلُحُ لأَحَدٍ أَنْ يَقْطَعَهُ بِحَالٍ وَالنَّاسُ فِيهِ شَرْعٌ وَهَكَذَا النَّهْرُ وَالمَاءُ الظَّاهِرُ وَالنَّبَاتُ فِيمَا لَا يُمْلَكُ لأَحَدٍ وَقَدْ سَأَلَ الأَبْيَضُ بْنُ حَمَّالٍ النَّبِيَّ ﷺ أَنْ يُقْطِعَهُ مِلْحَ مَأْرِبٍ فَأَقْطَعَهُ إِيَّاهُ أَوْ أَرَادَهُ فَقِيلَ لَهُ إِنَّهُ كَالمَاءِ العَدِّ فَقَالَ: «فَلَا إِذن» قَالَ وَمِثْلُ هَذَا كُلُّ عَيْنٍ ظَاهِرَةً كَنَفْطٍ أَوْ قِيرٍ أَوْ كِبْرِيتٍ أَوْ مُومِيَا أَوْ حِجَارَةٍ ظَاهِرَةٍ فِي غَيْرِ مِلْكِ أَحَدٍ فَهُوَ كَالمَاءِ وَالكَلأ وَالنَّاسُ فِيهِ سَوَاءٌ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح والمعادن ضربان: ظاهرة وباطنة، فأما الباطنة فيأتي حكمها فيما بعد، وأما الظاهرة فهو كل ما كان ظاهره في معدنه يؤخذ عفواً على أكمل أحواله كالملح والنفط، والقار والكبريت والموهبا والحجارة فهذه المعادن الظاهرة كلها لا يجوز للإمام أن يقطعها ولا لأحد من المسلمين أن يحجر عليها، والناس كلهم فيها شرع يتساوى فيها لا فرق بين صغيرهم وكبيرهم، ذكرهم وأنثاهم، مسلمهم وكافرهم، روى ثابت بن سعد عن أبيه عن جده أن أبيض بن حمال استقطع رسول الله ﷺ ملح مأرب فأقطعه ثم إن الأقرع بن حابس التميمي قال: يا رسول الله إني قد وردت الملح في الجاهلية وهو بأرض ليس فيها ملح، ومن ورده أخذه، وهو مثل الماء العد بأرض، فاستقال الأبيض من قطيعته الملح، فقال الأبيض قد أقلتك منه على أن تجعله مني صدقة فقال رسول الله ﷺ: هو منك صدقة وهو مثل الماء العد من ورده أخذه وروت نهيسة عن أبيها أنه قال: يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال الماء، قال: يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: الملح قال: يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه قال: أن تفعل الخير خيراً لك، وأنه ليس المانع بأحق من الممنوع، فاقتضى أن يكون فيه سواء، وإذا استوى الناس في المعادن الظاهرة فإن أمكن اشتراك له الناس فيه عند الإجماع عليه وإلا تقدم الأسبق فالأسبق فإن تساوى مجيئهم فعلى وجهين:

أحدهما: يقرع بينهم فمن قرع منهم تقدم.

---

(١) انظر الأم (٣/١٠٩).

والثاني: يقدم السلطان باجتهاده من رأى فلو أقام رجل على المعدن زماناً يتفرد به وبما فيه نظر فإن كان مع تفرده به يمنع منه فمنه تعدي وعلى السلطان أن يرفع يده عنه وقد ملك ما أخذه منه، وإن لم يمنع غيره منه ففيه وجهان:

أحدهما: أن يقر ما لم يكن في إقراره إدخال ضرر على غيره.

الثاني: يمنع ليلاً بطول مكثه ويدوم تصرفه فينتقل عن حكم المباح إلى أحكام الأملاك، وهذان الوجهان في هذين الفرعين من اختلاف أصحابنا هل للسلطان استحقاق نظر فيها أم لا؟ فلهم فيها وجهان.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ كَانَتْ بُقْعَةً مِنَ السَّاحِلِ يَرَى أَنَّهُ إِنْ حَفَرَ تُرَاباً مِنْ أَعْلَاهَا ثُمَّ دَخَّلَ عَلَيْهَا مَاءً ظَهَرَ لَهَا مِلْحٌ كَانَ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُقْطِعَهَا وَلِلرَّجُلِ أَنْ يُعْمِرَهَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ فَيَمْلِكَهَا».

قال في الحاوي: وهذا صحيح لأنها ليست في الحال معدناً وإنما هي موات تصير بالإحياء معدناً فجاز إقطاعها كما يجوز إقطاع الموات والله أعلم.

باب تفريق القطائع وغيرها

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالقَطَائِعُ ضَرْبَانِ: أَحَدُهُمَا مَا مَضَى. وَالثَّانِي إِقْطَاعُ إِرْفَاقٍ لَا تَمْلِيكٍ مِثْلُ المَقَاعِدِ بِالأَسْوَاقِ الَّتِي هِيَ طَرِيقُ المُسْلِمِينَ فَمَنْ قَعَدَ فِي مَوْضِعٍ مِنْهَا لِلْبَيْعِ كَانَ بِقَدْرِ مَا يَصْلُحُ لَهُ مِنْهَا مَا كَانَ مُقِيماً فِيهِ فَإِذَا فَارَقَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْعُهُ مِنْ غَيْرِهِ كَأَفْنِيَةِ العَرَبِ وَفَسَاطِيطِهِمْ فَإِذَا انْتَجَعُوا لَمْ يَمْلِكُوا بِهَا حَيْثُ تَرَكُوا».

قال في الحاوي: وهذا صحيح قد ذكرنا أن إقطاع السلطان إنما يتوجه إلى ما كان مباحاً من الأرض لم يجر عليه ملك مسلم، قال الشافعي في الأم ليس للسلطان أن يعطي إنساناً ما لا يحل للإنسان أن يأخذه من موات لا مالك له والسلطان لا يحل له شيئاً ولا يحرمه، ولو أعطى السلطان أحداً شيئاً لا يحل له لم يكن له أخذه. فدل ذلك من قوله مع ما قد استقرت عليه أصول الشرع أن ما ستقر عليه ملك آدمي لم يجز للسلطان أن يقطعه أحداً وإن أقطعه جاز للمقطع أن يملكه، فأما ما لم يستقر عليه ملك من سباخ الأرض فينقسم ثلاثة أقسام:

قسم لا يجوز إقطاعه، وقسم يجوز إقطاعه، وقسم اختلف قوله في جواز إقطاعه، فأما ما لا يجوز إقطاعه فالماء والكلأ وسائر المعادن الظاهرة، وقد مضى الكلام فيها

---

(١) انظر الأم (٣/١٠٩).
(٢) انظر الأم (٣/١٠٩، ١١٠).

وأما ما يجوز إقطاعه فينقسم ثلاثة أقسام:

قسم يملك بعد الإقطاع وقسم لا يملك، وقسم اختلف قوله في تمليكه، فأما ما يملك بعد الإقطاع فهو الموات يملك بالإحياء ملكاً مستقراً وقد مضى، وأما ما يملك بالإقطاع فهو الذي ذكره في هذا الباب وهو الارتفاق بمقاعد الأسواق وأقنية الشوارع وحريم الأمصار، ومنازل الأسفار أن يجلس فيه الباعة وأن تحيط فيه الرجال فهذا مباح، قد أقر رسول الله ﷺ الناس عليه بمكة والمدينة ومكن الخلفاء الراشدون بعده في الأمصار كلها فتوحها ومحياها، ولأن حاجة الناس إلى ذلك ماسة وضرورتهم إليه داعية فجرى مجرى الاستطراق والارتفاق، وأما ما اختلف قوله في تمليكه فهو المعادن الباطنة.

فصل:

فإذا تقرر جواز الارتفاق بما وصفنا فهو على ثلاثة أضرب:

ضرب يختص الارتفاق فيه بالصحاري والفلوات، وضرب يختص الارتفاق فيه بأقنية المنازل والأملاك، وضرب يختص الارتفاق فيه بأقنية الشوارع والطرقات.

فأما الأول: وهو ما يختص الارتفاق فيه بالصحاري والفلوات كمنازل المسافرين إذا حلوا في أسفارهم بمنزل استراحة فلا نظر للإمام عليهم فيه، لبعده عنهم ويجوز لهم النزول حيث لا يضروا المجتاز ولا يمنعوا سائلاً ثم لهم الماء والمرعى من غير منع ولا حمى، وهكذا البادية إذا انتجعوا أرضاً طلباً للماء والكلأ مكثوا فيها ولم يزالوا عنها وليس لهم أن يمنعوا غيرهم من انتجاعها ورعيها إلا أن يضيق بهم فيكون السابقون إليها أولى بها ممن جاء بعدهم روى يوسف بن ماهك عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت: قلت يا رسول الله ألا نبني لك بمنى بناء يُظلّك من الشمس فقال: لا إنما هو مناخ من سبق إليه فلو ضاق المنزل عن جميع من ورد إليه ونزلوا فيه بحسب مسيرهم إليه يترتبون النزول كما كانوا مترتبين في المسير فمن قصر عنهم عن لحوق المنزل نزل حيث بلغ، ولو ضاق بهم الماء فإن كانوا تواسوا به عمهم لزمهم أن يتواسوا فيه ومنعوا من أن يجوز بعضهم أكثر من حاجته، وإن ضاق عن مواساتهم فيه كان الأسبق إليه أحق بقدر كفايته عنهم فإن غلبه عليه المسبوق لم يسترجع منه، لأنه قد ملكه بالإجازة بعد أن كان مباحاً، وإن جاؤوا إليه على سواء لم يسبق بعضهم بعضاً وهو ينقص عن كفايتهم اقترعوا عليه فأيهم قرع كان أحق بما يمسك رمقه حتى يرتوي الآدميون، وليس لمن قرع منهم أن يقدم بهائمه على ارتواء الآدميين، فإذا ارتوى الآدميون جميعاً استؤنفت القرعة بين البهائم ولم يحملوا على القرعة المتقدمة، لأنهما جنسان يختلف حكمهما، وهل تستأنف القرعة على أعيان البهائم أو على أعيان أربابها؟ على وجهين.

أحدهما: أن تستأنف على أعيان أربابها تغليباً لحرمة الملك، فعلى هذا إذا قرع أحد أرباب البهائم يسقي جميع بهائمه ثم هكذا من قرع بعده.

الثاني: أن القرعة تستأنف على أعيان البهائم تغليباً لحرمتها وسواء في ذلك ما

يؤكل لحمه أو لا يؤكل، وهذا أصح الوجهين، لأن حرمة النفس أعظم من حرمة الملك فعلى هذا إن قرعت القرعة مال رجل مر تقدماً لمن قرع.

فصل:

الثاني: وهو ما يختص الارتفاق فيه بأقنية المنازل والأملاك كمقاعد الباعة والسوقة في أفنية الدور فينظر فيه فإن أضر ذلك بأرباب الدور منعوا من الجلوس إلا بإذنهم، وإن لم يضر بهم نظر فإن كان الجلوس على عتبة الدار لم يجز إلا بإذن مالك الدار، وهو أحق بالإذن من الإمام، وإن كان في فناء الدار وحريمها الذي لا يضر بالدار ولا يمالكها ففيه قولان:

أحدهما: أنه يجوز لهم الجلوس فيه بغير إذن مالكها، لأن حريم الدار مرفق عام كالطريق، وليس لرب الدار أن يمنع من جلس ولا يقدر عليه غيره.

الثاني: أنه لا يجوز لهم الجلوس فيه إلا بإذن مالكها، لأن مالك الدار أحق بحريمها ولا يجوز للمالك وإن كان أحق بالإذن أن يأخذ عليه أجرة كما يجوز أن يأخذ عليه بانفراده ثمناً لأنه يقع للملك وليس بملك، فلو كان مالك الدار مولى عليه لم يجز لوليه أن يأذن في الجلوس فيه، لأنه غير مستحق في الملك ولا معاوض عليه ولا منتفع به، سواء كان مالك الدار مسلماً أو ذمياً ولمالك الدار إذا أجلس رجلاً أن يقيمه منه إذا شاء ويقدم عليه من يشاء، فأما فناء المسجد فإن كان في الجلوس فيه إضرار بأهل المسجد منعوا منه، وإن لم يكن فيه إضرار بأهل المسجد فهل يلزم استئذان الإمام فيه أم لا؟ وعلى وجهين إن قيل إن إذن اجتهاد في الأصلح، وسواء في فناء المسجد جيرانه والأباعد.

فصل:

الثالث: وهو ما يختص بالارتفاق فيه بأقنية الشوارع والطرقات أن يجلس فيها السوقة بأمتعتهم ليبيعوا ويشتروا فهذا مباح، لما قدمنا من الدليل عليه، وللإمام أن ينظر فيه، واختلف أصحابنا في حكم نظر الإمام فيه على وجهين:

أحدهما: أن نظره فيه مقصور على كفهم عن التعدي ومنعهم من الإضرار وليس له أن يمنع جالساً ولا أن يقدم أحداً.

والثاني: أن نظره نظر مجتهد فيما يراه صلاحاً من إجلاس من يجلسه ومنع من يمنعه، وتقديم من يقدره، كما يجتهد في أموال بيت المال، فإذا أخذ الباعة مقاعدهم في أقنية الأسواق والطرقات روعي في جلوسهم ألا يضروا بمارٍ ولا يضيقوا على سائلٍ، وليس للإمام أن يأخذ منهم أجرة مقاعدهم، فلو جلس رجل بمتاعه في مكان فجاء غيره ليقيمه منه ويجلس مكانه لم يجز ما كان الأول جالساً بمتاعه، فلو قام ومتاعه في المكان فهو على حقه فيه ومنع غيره منه، فإذا قاموا من مقاعدهم بأمتعتهم عند دخول الليل ثم

غدوا إليها من الغد كان كل من سبق إلى مكان أحق به، ولا يستحق العود إلى المكان الذي كان فيه وعرف به، وقال مالك: إذا عرف أحدهم بمكانه طال جلوسه فيه فهو أحق به من غيره لما فيه من المصلحة بقطع التنازل ووقوع الاختلاف وهذا عنه صحيح، لقوله ﷺ: «منا مناخ من سبق» ولأنه لو جعل أحق به لصار في حكم ملكه ولحماه عن غيره فلو تنازع رجلان في مقعد ولم يمكنهما الجلوس بناء على نظر الإمام فيه.

أحدها: يقرع بينهما فأيهما يقرع كان به أحق وهذا على الوجه الذي يجعل نظر الإمام مقصوراً على منع الضرر وقطع التنازع.

الثاني: أن الإمام يجتهد رأيه في إجلاس من يرى منهما، وهذا على الوجه الذي يجعل نظر الإمام نظر اجتهاد ومصلحة، فلو أقطع رجلاً موضعاً من مقاعد الأسواق ليبيع فيه متاعه ففيه وجهان:

أحدهما: أنه أحق بالمكان ما لم يسبق إليه كان السابق أحق به، وهذا إذا قيل إن نظره مقصور على منع الضرر.

الثاني: أنه أحق من السابق بذلك المكان، وهذا إذا قيل إن نظره اجتهاد في الإصلح، فلو أن رجلاً ألف مقعداً في فناء طريق حتى تقادم عهده فيه وعرف به ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يقر في مكانه ما لم يسبقه إليه غيره.

الثاني: أنه يقام عنه ويمنع منه لئلا يصير زريعة إلى تملكه وادعائه، فلو أراد رجل أن يبني في مقعد من فناء السوق بناء منع؛ لأن إحداث الأبنية يستحق في الأملاك، وأما إذا حلق الفقهاء في المساجد والجوامع حلقاً منع الناس من استطراقها والاجتياز فيها، لقوله ﷺ: لا حمى إلا في ثلاث: ثلة البئر، وطول الغرس، وحلقة القوم فلو عرف فقه بالجلوس مع أصحابه في موضع من الجامع لم يكن له منع من سبق إليه، وكان السابق أحق به، وقال مالك قد صار من عرف بذلك الموضع من الفقهاء والقراء أحق به، وله منع من سبق إليه وهذا غير صحيح لقوله تعالى: ﴿سَوَآءً ٱلْعَٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِۚ﴾ [الحج: ٢٥]، والله أعلم بالصواب.

باب إقطاع المعادن وغيرها

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَفِي إِقْطَاعِ المَعَادِنِ قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يُخَالِفُ إِقْطَاعَ الأَرْضِ لأَنَّ مَنْ أَقْطَعَ أَرْضاً فِيهَا مَعَادِنُ أَوْ عَمِلَهَا ولَيْسَتْ لأَحَدٍ سَوَاءٌ كَانَتْ ذَهَباً أَوْ فِضَّةً أَوْ نُحَاساً أَوْ مَا لَا يَخْلُصُ إِلَّا بِمُؤْنَةٍ لأَنَّهُ بَاطِنٌ مُسْتَكِنٌّ بَيْنَ ظَهْرَانَيْ تُرَابٍ أَوْ

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١٠).

حِجَارَةٍ كَانَتْ هَذِهِ كَالمَوَاتِ فِي أَنَّ لَهُ أَنْ يُقْطِعَهُ إِيَّاهَا وَمُخَالِفَةٌ لِلمَوَاتِ فِي أَحَدِ القَوْلَيْنِ فَإِنَّ المَوَاتَ إِذَا أُحْيِيَتْ مَرَّةً ثَبَتَ إِحْيَاؤُهَا وَهَذِهِ فِي كُلِّ يَوْمٍ يُبْتَدَأُ إِحْيَاؤُهَا لِبُطُونِ مَا فِيهَا».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن المعادن ضربان ظاهرة وباطنة وذكرنا أن الظاهرة منها لا يجوز إقطاعها، فأما الباطنة وهي التي لا شيء في ظاهرها حتى تحفر أو تقطع فيظهر ما فيها بالحفر والقطع كمعادن الفضة والذهب والنحاس والحديد، سواء احتاج ما فيها إلى سبك وتخليص كالفضة والنحاس أو لم يحتج إلى ذلك كالتبر من الذهب، ففي جواز إقطاعها قولان.

أحدهما: أن إقطاعها لا يجوز والناس كلهم فيها شرع يتساوى جميعهم في تناول ما فيها كالمعادن الظاهرة التي يتساوى الناس فيها، ولا يجوز إقطاعها، لأن ما فيها جميعاً مخلوق يوصل إليه بالعمل ويملك بالأخذ، فعلى هذا يستوي حال المقطع وغيره في تناول ما فيها كما لو أقطع المعادن الظاهرة ولم يصر أحق بها من لم يستقطعها.

الثاني: أن إقطاعها جائز والقطع أحق بها من غيره، روى كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني معادن القبلية جلسيها وغوريها وحيث يصلح الزرع من مدهن ولم يعطه حق مسلم وفيه تأويلان:

أحدهما: وهو قول عبد الله بن وهب أن جلسيها وغوريها أعلاها وأسفلها.

الثاني: وهو قول أبي عبيد وابن قتيبة أن الغور ما كان من بلاد تهامة والجلس ما كان من بلاد نجد.

قال الشماخ:

فأضحت على ماء العذيب وعينها كوقب الصنعا جلسيها قد تغورا

ولأن المعادن الباطنة تخالف الظاهرة من وجهين توافق بينهما الموات.

أحدهما: ما يلزم من كثرة المؤونة في الباطنة حتى ربما ساوت مؤونة إحياء الموات وزادت ولا يلزم ذلك في الظاهر.

والثاني: أن ما في الباطنة مظنون متوهم فشابه ما يظن من منافع الموات بعد الإحياء وما في الظاهرة مشاهد متيقن فصارت الباطنة من هذين الوجهين مفارقة للظاهرة في المنع من إقطاعها، وملحقة بالموات في جواز إقطاعها.

فصل:

فعلى هذا إذا أقطعها الإمام رجلاً فما لم يتصرف فيهما بالعمل لم يملكها كما لا يملك الموات بالإقطاع ما لم يحيه، فإذا عمل فيها صار مالكها، وفي ملكه قولان:

أحدهما: أنه قد ملكها ملكاً مؤبداً، سواء أقام على العمل أو ترك كما يملك

الموات بالإحياء سواء استدام عمارته أو عطله، فعلى هذا يكون إذن الإمام شرطاً في ثبوت ملكها وإن لم يكن إذ له في إقطاعها شرطاً في تناول ما فيها، لكونه على أصل الإباحة، والقول الثاني أن مالكه لها مقدر بمدة عمله فيها فما أقام على العمل فهو على ملكه، وله منع الناس منه، فإذا فارق العمل زال ملكه عنه وعاد إلى أصل الإباحة إلا أن يكون ذلك لتعذر آلة أو هرب عبد فلا يزول ملكه ما كان ناوياً للعمل حتى يقطع قطع ترك فيزول ملكه، وإنما كان كذلك لأن عمله يكون إحياء للطبقة التي عمل فيها فصار مالكاً لها بإحيائه وعمله، فأما ما تحت تلك الطبقة فلم يقع عليها عمل ولم يحصل فيها إحياء، فلم يملكها، فعلى هذا اختلف أصحابنا هل يكون إذن الإمام شرطاً في ثبوت ملكه عليها مدة عمله فيها على وجهين:

أحدهما: أن إذنه شرطاً فيه حتى يجوز منع غيره كما لو قيل بتأييد ملكه.

الثاني: أن إذنه ليس بشرط كما لم يكن إذنه شرطاً في إحياء الموات، لأن ملكه فيها يختص بما باشر عمله، ويجوز له عند شروعه في العمل أن يمنع غيره من الموضع الذي عمل فيه، ولا يمنعه من غير ذلك الموضع من العذر كما لا يمنع بشروعه في إحياء الموات من غير إقطاع إلا من الموضع الذي عمل فيه والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُقْطِعَهُ مِنَ المَعَادِنِ إِلَّا قَدْرَ مَا يَحْتَمِلُ عَلَى أَنَّهُ إِنْ عَطَّلَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْعُ مَنْ أَخَذَهُ وَمِنْ حُجَّتِهِ فِي ذَلِكَ أَنَّ لَهُ بَيْعَ الأَرْضِ وَلَيْسَ لَهُ بَيْعُ المَعَادِنِ وَأَنَّها كَالبِئْرِ تُحْفَرُ بِالبَادِيَةِ فَتَكُونُ لِحَافِرِهَا وَلَا يَكُونُ لَهُ مَنْعُ المَاشِيَةِ فَضْلَ مَائِهَا وَكَالمَنْزِلِ بالبَادِيَةِ هُوَ أَحَقُّ بِهِ فَإِذَا تَرَكَهُ لَمْ يَمْنَعْ مِنْهُ مَنْ نَزَلَهُ».

قال في الحاوي: واعلم أن الإقطاع ضربان: إقطاع إرفاق، وإقطاع تمليك، فأما إقطاع الإرفاق فهو التمكين من المعدن ليعمل فيه ولا يمنع غيره منه فهذا يصح في المعادن الظاهرة والباطنة جميعاً، وأما إقطاع التمليك فهو الذي يمنع منه في المعادن الظاهرة، وفي جوازه في المعادن الباطنة قولان مضيا، فإذا جوزناه فلا ينتفي للإمام أن يقطع أحداً منه إلا قدر ما يحتمل أن يعمل فيه ويقدر على القيام به، فإذا كان واحداً أقطعه قدر ما يحتمله الواحد، وإن كانوا عشرة أقطعهم قدر ما يحتمل العشرة، فإن اقتطع أحداً ما لا يقدر على العمل فيه ولا يتمكن من القيام به لم يجز، لما فيه من تفويت منفعته على المقطع وغيره فصار أسوأ حال من الحمى الذي ينتفع به من حماه وأما قوله على أنه إن عطله لم يكن له منع من أخذه فقد اختلف أصحابنا في مراده به فقال بعضهم: أراد به إقطاع الإرفاق دون التمليك، وقال آخرون: بل أراد به إقطاع التمليك، وهو أحد قوليه في أنه يملكه مدة عمله ولا يملكه إذا عطله، فأما ما ظهر بالعمل قبل التعطيل فقد صار في

(١) انظر الأم (٣/ ١١١).

ملكه وله منع غيره منه، وقال آخرون: بل أراد به إقطاع التمليك إذا قدره بمدة العمل وشرط فيه زوال الملك عند تعطيل العمل فلا يتأيد ملكه قولاً واحداً والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَقْطَعَ أَرْضاً فَأَحْيَاهَا ثُمَّ ظَهَرَ فِيهَا مَعْدِنٌ مَلَّكَهُ مِلْكَ الأَرْضِ فِي القَوْلَيْنِ مَعاً».

قال في الحاوي: إذا أحيا الرجل أرضاً مواتاً بإقطاع أو غير إقطاع فظهر فيها بعد الإحياء معدن فقد ملكاً مؤبداً قولاً واحداً، سواء كان المعدن ظاهراً أو باطناً، لأن المعدن لم يظهر إلا بالإحياء فصار كعين استنبطها أو بئراً احتفرها، ولأن المعدن من أرضه التي ملكها بإحيائه فخالف.

المعادن التي في غير ملكه، فإن قيل أليس لو أحيا أرضاً فظهر فيها ركاز لم يملكه فهلا صار المعدن مثله لا يملكه قبل الفرق بينهما أن المعدن خلقه في الأرض فملكه يملك الأرض، والركاز مستودع في الأرض فلم يملك الأرض لمباينته لها، ألا ترى لو اشترى أرضاً فكان فيها حجارة مستودعة لما يملكها ولو كانت الحجارة خلقة فيها ملكها.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُل مَعْدِنٍ عَمَلَ فِيهِ جَاهِلِي ثُمَّ اسْتَقْطَعَهُ رَجُلٌ فَفِيهِ أَقَاوِيلُ أَحَدُهَا أَنَّهُ كَالبِئْرِ الجَاهِلِيِّ وَالمَاءِ العَدِّ فَلَا يُمْنَعُ أَحَدٌ أَنْ يَعْمَلَ فِيهِ فَإِذَا اسْتَبْقُوا إِلَيْهِ فَإِنْ وَسَعَهُمْ عَمِلُوا مَعاً وَإِنْ ضَاقَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ أَيُّهُمْ يَبْدَأُ ثَمَّ يَتْبَعُ الآخَرَ حَتَّى يَتَآسُوا فِيهِ وَالثَّانِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُقْطِعَهُ عَلَى المَعْنَى الأول فِيهِ وَلَا يَمْلِكُهُ إِذَا تَرَكَهُ. وَالثَّالِثُ يَقْطَعُهُ فَيَمْلِكُهُ مِلْكَ الأَرْضِ إِذَا أَحْدَثَ فِيهَا عِمَارَةً».

قال في الحاوي:

أحدها: أنه كالبئر الجاهلي والماء العذب فلا يمنع أحد أن يعمل فيه فإذا استبقوا إليه فإن وسعهم غلوا معاً وإن ضاق أقرع بينهم أيهم يبدأ ثم يتبع الآخر فالآخر حتى يتساووا فيه.

والثاني: للسلطان أن يقطعه على المعنى الأول يعمل فيه ولا يملكه إذا تركه والثالث يقطعه فيملكه ملك الأرض إذا أحدث فيها عمارة.

اعلم أن المعادن الباطنة ضربان: ضرب لم يعمل فيه، وضرب عمل فيه، فأما ما لم يعمل فيه فضربان.

أحدهما: أن يعمل منه بما يشاهد من ظاهرة أنه إن عمل فيه ظهر نيله وأجاب ولم يخلف فهذا هو الذي ذكرنا اختلاف قول الشافعي في جواز إقطاعه ومن لم يقطع فهو على

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١١).

(٢) انظر الأم (٣/ ١١١، ١١٢).

أصل الإباحة لمن ورده أن يعمل فيه.

الثاني: أن لا يعلم منه ظهور نيله يقيناً وقد يجوز أن يخلف ويجوز أن لا يخلف، فقد اختلف أصحابنا فيه هل يجري عليه حكم الموات في جواز إقطاعه وتأييد ملكه بالإحياء أو يجري عليه حكم المعادن؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يجري عليه حكم الموات في جواز إقطاعه وتأييد ملكه بالإحياء، لأنه من جملة الموات ما لم يتيقن كونه معدناً.

الثاني: أنه يجري عليه حكم المعادن تغليباً لظاهر أمرها ما لم يتيقن كونه مواتاً، والأول أصح والله أعلم بالصواب.

فصل:

وأما ما عمل فيه فضربان:

أحدهما: أن يكون العمل فيه إسلامياً فضربان:

أحدهما: أن يكون عن إقطاع إمام.

والثاني: عن غير إقطاع، فإنه كان قد عمل فيه مسلم بغير إقطاع فإن ترك العمل عاد إلى أصله في الإباحة وجاز للناس العمل فيه، وفي جواز إقطاعه قولان، وإن كان مسلم مقيماً على العمل فيه ففي جواز مشاركة الناس له فيه وجهان من اختلاف أصحابنا هل يكون إذن الإمام شرطاً في تملكه مدة العمل أم لا؟

أحدهما: أنه قد صار أحق به من غيره، وله منع الناس منه، وليس لأحد، مشاركته فيه حتى يقطع العمل وهذا على الوجه الذي لا يجعل إذن الإمام شرطاً في تملكه مدة العمل، وعلى هذا لا يجوز للإمام في مدة عمله أن يقطعه أحداً.

الثاني: أنه فيه وغيره سواء، ولمن ورد إليه أن يشاركه في العمل، وإنما يختص هذا العمل بالموضع الذي قد عمل فيه دون غيره، وهذا على الوجه الذي يجعل إذن الإمام شرطاً في تملكه مدة العمل، وعلى هذا يجوز للإمام في مدة عمله أن يقطعه من رأى ويتوجه إقطاع الإمام إلى ما سوى موضع عمله من المعدن، فإذا قطع العمل جاز إقطاع جميعه.

فصل:

فإن كان قد عمل فيه مسلم بإقطاع إمام لم يجز في مدة العمل أن يشارك فيه، فأما بعد قطع العمل فإن قيل قد استقر ملكه عليه مؤبداً لم يجز أن يعمل فيه أحد بإذنه، ولا أن يجعله الإمام إقطاعاً لغيره، ويجوز له أن يبيعه ويهبه، وإن مات ورث عنه كسائر أمواله، وإن قيل إن ملكه مقدراً بمدة العمل جاز لغيره أن يعمل فيه وهل يفتقر إلى إذن الإمام أم لا؟ على وجهين مضيا وهل يجوز للإمام إقطاعه أم لا؟ على ما ذكرنا من القولين ولا يجوز له بعد قطع العمل أن يبيعه ولا أن يهبه وإن مات لم يورث عنه فأما في مدة العمل فلا يجوز له بيعه ولا هبته، لأن ملكه غير مستقر لكن ترتفع يده بالهبة ولا ترتفع بالبيع،

والفرق بينهما أن رفع يده في البيع كان مشروطاً بعوض لم يحصل له ولم ترتفع يده وليس كذلك الهبة، ولا يورث عنه بالموت، ويكون لوارثه إتمام ما شرع فيه من العمل وهو فيما يستأنفه كسائر الناس كلهم، هل يلزمه استئذان الإمام فيه بعد تقضي مدة الإقطاع بترك العمل أم لا؟ على وجهين:

فصل:

فإن كان العمل فيه جاهلياً كمعدن عملت الجاهلية فيه ثم وصل المسلمون إليه فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الجاهلي قد تملكه بعمله أو بإحيائه فهذا مغنوم ولا يجوز أن يقطع، ولا أن يستبيحه الناس، ويجري عليه حكم ما استقرت عليه أرضهم من صلح أو غيره.

الثاني: أن يكون الجاهلي لم يتملكه بعمله ولا بإحيائه وإنما استمتع بما فيه وفارقه عفواً فهو في حكم المعادن المباحة إن كان ظاهراً منع من إقطاعه، وإن كان باطناً فعلى قولين:

أحدهما: أنه في حكم العامر من أموالهم لا يجوز إقطاعه ولا استباحته.

والثاني: أنه من حكم المعادن الإسلامية وفي إقطاعها قولان والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ مَا وَصَفْتُ مِنْ إِحْيَاءِ المَوَاتِ وَإِقْطَاعِ المَعَادِنِ وَغَيْرِهَا فَإِنَّمَا عَنَيْتُهُ فِي عَفْو بِلَادِ العَرَبِ الَّذِي عَامِرُهُ عُشْرٌ وَعَفْوُهُ مَمْلُوكٌ».

قال في الحاوي: اعلم أن الشافعي أراد بهذا الفصل أن جميع ما وصفه من إحياء الموات وإقطاع المعادن وغيرها من الحمى فإنما هو في بلاد الإسلام فقال إنما عنيته في عفو بلاد العرب، يريد بالعفو الموات الذي هو عفو متروك، ويريد ببلاد العرب بلاد الإسلام، لأن بلاد العرب هي دار الإسلام ومنها نشأ ثم قال: الذي عامره عشر يعني لا خراج عليه وإنما هي أرض عشر يؤخذ العشر من زرعها، ولا يؤخذ الخراج من أرضها، ثم قال: وعفوه مملوك، وروى الربيع وعفوه غير مملوك، فاختلف أصحابنا لاختلاف هذه الرواية فكان أبو علي بن أبي هريرة، وأبو حامد المروروزي، وأبو حامد الإسفراييني تنسبون المزني إلى الخطأ في نقله حين قال: وعفوه مملوك، لأنه لو كان مملوكاً ما جاز إحياؤه وإن الصحيح ما نقله الربيع وإن عفوه غير مملوك ليملك بالإحياء، وكان أبو القاسم الصيمري وطائفة يقولون: كلا الثقلين صحيح، والمراد بهما مختلف، فقول المزني وعفوه مملوك يعني لكافة المسلمين وذلك لم يجز لمشرك أن يحيي مواتاً في بلاد الإسلام، وقول الربيع وعفوه غير مملوك يعني لواحد من المسلمين بعينه، لأن من أحياه

(١) انظر الأم (٣/ ١١٢).

منهم ملكه، فإن قيل فلما خص الشافعي رحمه الله بلاد الإسلام بهذا التقسيم من الحكم وقد تكون بلاد الشرك مثلها وعلى حكمها فعن ذلك جوابان:

أحدهما: أنه خص بلاد الإسلام بذلك، لأن أحكامنا.

والثاني: أن بلاد الشرك قد يكون حكمها كبلاد الإسلام في عامرها ومواتها بحسب اختلاف فتوحها لم يجز أن يجمعها في الحكم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلّ مَا ظَهَرَ عَلَيْهِ عَنْوَةً مِنْ بِلَادِ العَجَم فَعَامِرُهُ كُلُّهُ لِمَنْ ظَهَرَ عَلَيْهِ مِنَ المُسْلِمِينَ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُم».

قال في الحاوي: اعلم أن بلاد الشرك إذا صارت من بلاد الإسلام فعلى ضربين:

أحدهما: أن تصير من بلاد الإسلام عفواً بإسلام أهلها طوعاً من غير إيجاف خيل ولا ركاب، ولا بتهديد وإرهاب فحكم ذلك حكم ما أحياه المسلمون من أمصارهم في ملكهم لرقاب عامرها واستواء كافة المسلمين في إحياء موتاها، وجميعها أرض عشر فيما أسلموا عليه من عامر وما استأنفوا إحياؤه من موات.

والثاني: ما ظهر عليه المسلمون باليد والغلبة وذلك ضربان:

أحدهما: ما ملك عنوة:

والثاني: ما فتح صلحاً؛ فأما المملوك عنوة فعامر مغنوم يقسم خمسة على خمسة من أهل الخمس، وتكون أربعة أخماسه مقسومة بين الغانمين، فأما مواته فلهم فيه حالان:

أحدهما: أن لا يذبوا عنه ولا يمنعوا منه، ويخلو بينه وبين المسلمين من غير حائل عنه، فهذا في حكم موات المسلمين من أحياه فقد ملكه، ولا يختص به الغانمون دون غيرهم.

والثانية: أن يذبوا عنه ويمنعوا منه، ويقاتلون دونه، فقد صار الغانمون أولى به، ثم اختلف أصحابنا هل صاروا أولى به يداً أو ملكاً؟ على وجهين:

أحدهما: أنهم أولى به يداً كالمحجر على الموات وهو أولى به، لمحجره ويده من غيره وإن لم يصير ملكاً له، فإن أخروا إحياؤه قال لهم الإمام: إما أن تحيوه أو ترفعوا أيديكم عنه ليحييه غيركم كما يقول لمن يحجر مواتاً في بلاد الإسلام، وهذا قول أبي إسحاق المروزي وأبي حامد الإسفراييني، لأنه منع المشركين منه تحجير ثم انتقلت أيديهم إلى الغانمين فصاروا بالغنيمة متحجرين فعلى هذا الوجه لو بدر غير الغانمين فأحياه ملكه كما يملك ما أحياه من موات ما يحجر عليه مسلم في بلاد الإسلام.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١٢).

والثاني: وهو قول أبي حامد المروروذي وأبي الفياض أن الغانمين أولى بالموات ملكاً، لأنه قد صار بالمنع تبعاً للعامر فلما ملك الغانمون العامر ملكوا ما صار تبعاً له من الموات، فعلى هذا لا يملكه غيرها بالإحياء، ولا يفترض عليهم برفع اليد بتأخير الإحياء، ولا يجوز لغيرهم أن يأخذ من معادن هذا الموات شيئاً لا من ظاهر ولا من باطنها، وعلى الوجه الأول يجوز فهذا حكم ما فتح عنوة، وسيأتي حكم ما فتح صلحاً، والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا كَانَ فِي قَسْمِ أَحَدِهِمْ مِنْ مَعْدِنٍ ظَاهِرٍ فَهُوَ لَهُ كَمَا يَقَعُ فِي قِسْمَةِ العَامِرِ بِقِيمَتِهِ فَيَكُونُ لَهُ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا قسم عامر بلاد العنوة بين الغانمين فحصل في قسم أحدهما من العامر معدن فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ظاهراً، فهذا ملك لمن قسم له من الغانمين لا يجوز لأحد أن يشاركه فيه وإن كان ظاهراً.

الثاني: أن يكون باطناً فلا يجوز أن يكون الإمام قد عرف حاله وقت القسم أو لم يعرف، فإن عرف حاله بعد ملكه للغانم بالقسم وإن لم يعرف حاله ففيه وجهان:

أحدهما: قد ملكه كما يملك ما أحياه.

والثاني: لا يملكه لجهالة الإمام به، وإن قسم المجهول لا يصح، فعلى هذا لا يملك المعدن وحده ويملك ما سواه مما قسم له، فإن لم يكن عليه في إفراده عن ملكه ضرر فلا خيار له ولا بدل، وإن كان عليه في إفراده ضرر فلا خيار له أيضاً، لأن قسم الإمام لا يتعلق به المقسوم له خيار ولكن عليه أن يعطيه بدل النقص الداخل عليه بالضرر ما يكون عوضاً عنه أو ينقص القسم من يعطيه غيره مما في سهمه.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ مَا كَانَ فِي بِلَادِ العَنْوَةِ مِمَّا عُمِّرَ مَرَّةً ثُمَّ تُرِكَ فَهُوَ كَالعَامِرِ القَائِمِ العِمَارَةِ مِثْلُ مَا ظَهَرَتْ عَلَيْهِ الأَنْهَارُ وَعُمِّرَ بِغَيْرِ ذَلِكَ عَلَى نُطَفِ السَّمَاءِ أَوْ بِالرِّشَاءِ وَكُلُّ مَا كَانَ لَمْ يُعَمَّرْ قَطُّ مِنْ بِلَادِهِمْ فَهُوَ كَالمَوَاتِ مِنْ بِلَادِ العَرَبِ».

قال في الحاوي: اعلن أن ما اندرست عمارته من بلاد المشركين حتى صار مواتاً خراباً على ثلاثة أقسام.

أحدها: أن تكون الشروط المعتبرة في إحيائها باقية فيه كأرض الزراعات إذا كانت مستباتها باقية وماؤها قائماً، وصارت بنيات الخشبتين فيها خراباً وبتأخير عمارتها مواتاً

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١٢).

(٢) انظر الأم (٣/ ١١٢، ١١٣).

فهذه في حكم العامر من أموالهم يقسم بين الغانمين في العنوة.

والثاني: أن تكون الشروط المعتبرة في إيجابها ذاهبة كالدور والمنازل إذا ذهب آلتها واندرست آثارها، فحكم هذا على ما استوفيناه تقسيماً، وحكماً في صدور هذا الكتاب.

الثالث: أن تذهب بعض الشروط المعتبرة في إيجابها ويبقى بعضها عارض الزرع إذا ذهبت مسنياتها وبقي ماؤها أو ذهب ماؤها وبقيت مسنياتها ففيه ثلاثة أوجه.

أحدها: أنه في حكم الموات ما لم يندرس جميع آثاره.

والثاني: أنه في حكم الموات ما لم يبق جميع آثاره.

والثالث: أنه إذا تقادم العهد بجوابها صارت مواتاً، وإن قرب العهد لعمارتها فهي في حكم ما كان عامراً.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَا كَانَ مِنْ بِلَادِ العَجَمِ صُلْحاً فَمَا كَانَ لَهُمْ فَلَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ غَيْرَ مَا صُولِحُوا عَلَيْهِ إِلَّا بَإِذْنِهِمْ فَإِنْ صُولِحُوا عَلَى أَنَّ لِلمُسْلِمِينَ الأَرْضَ وَيَكُونُونَ أَحْرَاراً ثُمَّ عَامَلَهُم المُسْلِمُونَ بَعْدُ فَالأَرْضُ كُلُّهَا صُلْحٌ وَخُمْسُهَا لأَهْلِ الخُمْسِ وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهَا لِجَمَاعَةِ أَهْلِ الفَيْءِ وَمَا كَانَ فِيهَا مِنْ مَوَاتٍ فَهُوَ كَالمَوَاتِ غَيْرَهُ فَإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَلَى عَامِرِهَا وَمَوَاتِهَا كَانَ المَوَاتُ مَمْلُوكاً لِمَنْ مَلَكَ العَامِرَ كَمَا يَجُوزُ بَيْعُ المَوَاتِ مِنْ بِلَادِ المُسْلِمِينَ إِذَا حَازَهُ رَجُلٌ».

قال في الحاوي: قد ذكرنا أن ما انتقل إلينا من بلاد المشركين ضربان: عنوة وصلحاً، فأما بلاد العنوة فقد ذكرنا حكمها، وأما بلاد الصلح فضربان.

أحدهما: أن يعقد الصلح فيها على بقاء ملكهم عليها وأن يؤووا عنها خراجاً فهذا جزية تسقط عنهم بإسلامهم، وهو في العامر والموات على ما كانوا عليه قبل الصلح.

الثاني: أن يعقد الصلح معهم على أن رقاب أرضهم ملكاً للمسلمين وتقر في أيديهم بخراج بادوه عنها، فهذا خراج أجرة لا تسقط عنهم بإسلامهم، ويكون الخراج في الموضعين مصروفاً في أهل الفيء، فأما مواتهم فلا يخلو أن يضم إلى العامر في الصلح أو بعقل، فإن أعقل ولم يذكر فهو في حكم الموات في بلاد المسلمين، وأرضهم إلى العامر في ملك المسلمين له صار في حكم ما غنم من مواتهم إذا منعوا منه يكون أهل الفيء أولى به، وهل يكونوا أولى به يداً أو ملكاً؟ على وجهين:

أحدهما: أنهم أولى به يداً، فإن أحياه غيرهم من المسلمين ملك.

والثاني: أنهم أولى به ملكاً فإن أحياه غيرهم لم يملكوا، تعلقاً بظاهر قول

---

(١) انظر الأم (٣/١١٣).

الشافعي: كان الموات مملوكاً لمن ملك العامر، ومن قال بالوجه الأول تأول ذلك بتأويلين:

أحدهما: أنه في موات كان عامراً ثم خرب على ما مضى من تقسيم حكمه.

والثاني: أنه جعل ذلك ملكاً للمسلمين لا لمن ملك العامر من أهل الفيء، لأن في الفيء، خمس لأهل الخمس وأربعة أخماسه لأهل الفيء وهؤلاء هم كافة أهل الإسلام.

فصل:

فأما قول الشافعي رحمه الله: كما يجوز بيع الموات من بلاد المسلمين إذا أحازه رجل فقد اختلف أصحابنا فيه، فكان أبو إسحاق المروزي يحمل ذلك على ظاهره ويجوز بيع الموات بإحازة المسلم وإن لم يحييه، لأنه قد صار بالإجازة أولى به، وكان غيره، وهو الظاهر من مذهب الشافعي يمنع من بيع الموات قبل الإحياء، لأن يده قد ترفع إن أخر الإحياء، وتأولوا قول الشافعي إذا أحازه رجل فعبر عن الإحياء بالإحازة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَنْ عَمِلَ فِي مَعْدِنٍ فِي الأَرْضِ مَلَّكَهَا بِغَيْرِهِ فَمَا خَرَجَ مِنْهُ فَلِمَالِكِهَا وَهُوَ مُتَعَدٍّ بِالعَمَلِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال إذا ملك رجل معدناً ظاهراً أو باطناً، إما بإحيائه أو بمغنم حصل في سهمه أو بإقطاع، وقيل: يجوز إقطاعه واستدامة ملكه فليس لغيره من الناس أن يشاركه فيه ولا أن يأخذ شيئاً منه، فإن فعل كان متعدياً في حكم الغاصب يسترجع منه ما أخذه إن كان باقياً، ويغرم إن كان تالفاً بمثل وبقية ما ليس له مثل، ولا أجرة له في عمله لتعديه به، ومن تعدى في عمل له يستحق عليه عوضاً، وعليه غرم ما أفسد من المعدن بعمله، وكان أبو القاسم الصيمري يرى أن تعزيز عليه، تعليلاً بأن أصل المعدن قد كان مباحاً فصارت شبهة، والذي أرى أن يعزز وإن كان الأصل مباحاً قبل الملك كما يقطع في سرقة الأموال المملوكة وإن كانت عن أصول مباحة.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ عَمِلَ بِإِذْنِهِ أَوْ عَلَى أَنَّ مَا خَرَجَ مِنْ عَمَلِهِ فَهُوَ لَهُ فَسَوَاءٌ وَأَكْثَرُ هَذَا أَنْ يَكُونَ هِبَةً لا يَعْرِفُهَا الوَاهِبُ وَلَا المَوْهُوبُ لَهُ وَلَمْ يَجُزْ وَلَمْ يَقْبِضْ وَلِلآذِنْ الخِيَارُ فِي أَنْ يَتِمَّ ذَلِكَ أَوْ يُرَدَّ وَلَيْسَ كَالدَّابَّةِ يَأْذَنُ فِي رُكُوبِهَا لأَنَّهُ أَعْرَفُ بِمَا أَعْطَاهُ وَقَبَّضُهُ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال إذا ملك معدناً في أرض أحياها أو اشتراها فظهر فيها ثم إن رجلاً عمل فيه فأخرج منه قطعاً فلا يخلو أن يكون عمل بإذنه فإن كان بغير إذنه

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١٤).
(٢) انظر الأم (٣/ ١١٤).

فهو متعدٍ بذلك ولا أجرة له وما أخرجه فلصاحبه، وإن كان ذلك بإذنه فلا يخلوا من أن يأذن له على أن يخرجه العامل لنفسه أو له، فإن أذن له على أن يخرجه له فما يخرجه يكون له، وهل للعامل الأجرة أم لا يكون؟ يحكم فيه كالحاكم في الغسال إذا أعطاه الثوب ليغسله فغسله من غير أن يشترط له أجرة. وأما إذا له على أن ما يخرجه العامل فلنفسه دونه، فإن ذلك لا يصح، لأنها هبة مجهولة، والمجهول لا يصح تملكه وكل ما يخرجه فإنه يرده على صاحب المعدن إلا أن يستأنف له هبة بعد الإخراج، ويقبضه إياه ولا أجرة للعامل، لأنه عمل لنفسه وإنما تثبت له الأجرة إذا عمل لغيره بإجارة صحيحة أو فاسدة.

فإن قيل: أليس إذا قارضه على أن يكون الربح كله للعامل فعمل وربح، فإن الربح يكون لرب المال وأجرة المثل للمقارض، وها هنا قد عمل لنفسه، لأنه شرط جميع الربح.

فالجواب: أنه ليس كذلك، إنما عمل لغيره، لأن رأس المال ليس له وإنما هو لغيره، والبيع والشراء يقع لغيره دونه، فأما في مسألتنا فإن العمل وقع لنفسه ولم يقصد بذلك إلا نفسه فلهذا لم يكن له أجره فأما إذا استأجره لإخراج شيء من المعدن فإنه ينظر فإن استأجره مدة معلومة صحت الإجارة، وإن كان العمل معلوماً مثل أن يقول: تحفر لي كذا وكذا ذراعاً صح ذلك إذا كانت الأجرة معلومة، فأما إذا استأجره لذلك وجعل أجرته جزاءً مما يخرجه من المعدن مثل أن يقول: وثلثه أو ربعه فإن الإجارة فاسدة، لأنها مجهولة، وله أجرة المثل فإن كان ذلك بلفظ الجهالة مثل أن يقول: إن أخرجت منه شيئاً فقد جعلت لك نصفه أو ثلثه فإنه لا يجوز، لأن الذي جعل له مجهول القدر وإن جعل معلوماً فقال: إن أخرجت منه كذا فقد جعلت لك عشرة دراهم صح ذلك كما لو قال: من جاء بعبدي، أو قال: إن جئت بعبدي فلك دينار صح ذلك والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ مَنْ مَنَعَ فَضْلَ مَاءٍ لِيَمْنَعَ بِهِ الكَلَأَ مَنَعَهُ اللَّهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ» قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَيْسَ لَهُ مَنْعُ المَاشِيَةِ مِنْ فَضْلِ مَائِهِ وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ مَا يُسْقَى بِهِ الزَّرْعُ أَوْ الشَّجَرُ إِلَّا بِإِذْنِهِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال الآبار على ثلاثة أضرب:

ضرب يحفره في ملكه، وضرب يحفره في الموات، لتملكه، وضرب يحفر في الموات لا للتملك.

فأما الأول: وهو إذا حفر بئراً في ملكه فإنما نقل ملكه، ولأنه ملك المحل قبل الحفر.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١١٤).

وأما الثاني: وهو إذا حفر بئراً في الموات ليتملكها فإنه يملكها بالإحياء، والإحياء أن يبلغ إلى مائها، لأن ذلك نيلها، وإذا بلغ نيل ما يحييه ملكه، وقيل: إن يبلغ الماء يكون ذلك تحجراً وهذا كما قلنا في المعدن الباطن أن تحجيره ما لم يبلغ النيل، وإذا بلغ النيل كان ذلك إحياء ويملكه، ويفارق المعدن على أحد القولين، لأن المعدن لا ينتهي عمارته والبئر تنتهي عمارتها فإذا بلغ الماء تكررت منفعتها على صنفيها إذا ثبت هذا فهل يملك الماء الذي يحصل في هذين الضربين أم لا؟ نص الشافعي على أنه يملك، ومن أصحابنا من قال: لا يملك، لأن الماء في البئر لو كان مملوكاً يستبح بالإجارة، لأن الأعيان لا تستباح بالإجارة، ولأنه لو كان مملوكاً لما جاز بيع دار في بئرها ماء، لأن الربا يجري في الماء لكونه مطعوماً، ولما جاز ذلك دل على أنه ليس بمملوك، والدليل على أنه مملوك أنه نماء ملكه فهو كثمرة الشجرة، ولأن هذا الماء معدن ظهر في أرضه فهو كمعادن الذهب والفضة وغيرها إذا ظهرت في أرضه.

فأما الجواب عن قولهم لو كان مملوكاً لم يستبح بالإجارة فهو أن العين قد تستباح بالإجارة إذا دعت الحاجة إليه، ألا ترى أنه يجوز أن تملك بعقد الإجارة على الإرضاع عين اللبن، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك وجواب آخر وهو أنه إنما جاز أن يستبيحه المستأجر لأنه لا ضرر على المكري في ذلك، لأنه يستخلف في الحال، وما لا ضرر عليه فيه فليس له منع الغير منه، ألا ترى أنه ليس له أن يمنع أن يستظل بحائطه فكذلك هاهنا.

وأما الجواب عن دليلهم فهو أن الماء يجري فيه الربا على أحد الوجهين فهو مملوك، ولا يجري فيه الربا على هذا الوجه، فكذلك صح البيع، إذا تقرر هذان الوجهان فإن قلنا: إنه مملوك فليس لغيره أن يأخذ منه شيئاً لأنه يحتاج إلى أن يتخطى في ملك غيره بغير إذنه فإن تخطى بغير إذنه واستقى من ذلك الماء ملكه، وليس عليه رده كما إذا توغل في أرضه صيد فليس لغيره أن يأخذه، لأنه يحتاج أن يتخطى ملك غيره بغير إذنه، وذلك لا يجوز، فإن خالف وتخطى فأخذ ملكه، وأما إذا أراد أن يبيع منه شيئاً فإن خالف قلنا إنه غير مملوك لم يجز بيع شيء منه حتى يستقيه ويجوز فيملكه بالحيازة، وإن قلنا: إنه مملوك جاز أن يبيع منه وهو في البئر إذا شاهد المشتري كيلاً أو وزناً، ولا يجوز أن يبيع جميع ما في البئر، لأنه لا يمكن تسليمه إذا كان يبيع ويريد كلما استقى منه شيء فلا يمكن تمييز المبيع من غيره.

وأما الثالث: من الآبار وهو إذا نزل قوم موضعاً من الموات فحفروا فيه بئراً ليشربوا من مائها ويسقوا منه مواشيهم مدة مقامهم ولم يقصدوا التملك بالإحياء، فإنهم لا يملكونها، لأن المحيي إنما يملك بالإحياء مدة ما قصد به بملكه فإنه يكون أحق به مدة مقامه فإذا رحل فكل من يسبق إليه كان أحق به وكل موضع قلنا إنه يملك البئر فإنه أحق بمائها بقدر حاجته لشربه وشرب ماشيته وسقي زرعه فإذا فضل بعد ذلك شيء وجب عليه

بذله بلا عوض لمن احتاج إليه لشربه وشرب ماشيته من السائلة وغيرهم وليس له منع الماء الفاضل عن حاجته حتى لا يتمكن غيره من رعي الكلأ والذي يقرب ذلك الماء، وإنما يجب عليه ذلك لشرب المحتاج إليه وشرب ماشيته فأما لسقي زرعه فلا يجب عليه ذلك ولكن يستحب وقال أبو عبيد بن حربوية: يستحب ذلك لشرب ماشيته وسقي زرعه ولا يجب عليه، ومن الناس من قال: يجب عليه بذله بعوض لشرب الماشية وسقي الزرع فأما بلا عوض فلا، واحتج أبو عبيد بقول النبي ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه»[١] وقال: ولأنه لو كان كلأ مملوكاً وبجنبه بئر ولا يمكن سقي المواشي من تلك البئر إلا بالرعي في ذلك الكلأ لم يلزمه بذل الفاضل من كلائه، فإن كان منعه يؤدي إلى منع الماء المباح فكذلك إذا كان الماء له، وكان الكلأ مباحاً لم يلزمه بذل الماء، وإن كان المنع يؤدي إلى منع الكلأ المباح، قال: ولأنه لما لم يجب ذلك لسقي زرعه فكذلك لمواشيه.

ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ قال: «من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله فضل رحمته يوم القيامة»[٢] وفيه أدلة:

أحدها: أنه توعد على المنع فدل على أن البذل واجب.

والثاني: أنه دل على أن الفضل هو الذي يجب بذله فأما ما تحتاج إليه الماشية ونفسه وزرعه فلا يجب عليه بذله وهو أحق من غيره.

والثالث: أنه دل على أنه يجب عليه البذل بلا عوض.

والرابع: أنه دل على أنه يجب عليه ذلك للماشية دون غيرها وروى ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «الناس شركاء في ثلاث: الماء والنار والكلأ»[٣] وروى جابر أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء[٤].

فأما الجواب عن الخبر الذي احتج به فهو أن يقول: هو عام وخبرنا خاص فقضى عليه.

وأما ما ذكره من الكلأ فهو أن الفرق بين الماء وبينه من وجهين:

أحدهما: أن الماء إذا أخذ استخلف في الحال ونبع مثله، وليس كذلك الحشيش فإنه إذا أخذ لا يستخلف بدله في الحال.

والثاني: أن الحشيش يتمول في العادة والماء لا يتمول في العادة.

وأما الجواب عن دليله الأخير فهو أن الزرع لا حرمة له، وليس كذلك الحيوان فإن

---

(١) تقدم تخريجه. (٢) أخرجه البخاري (٢٣٥٣)، ومسلم (١٥٦٦).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٤٧٢).

(٤) أخرجه مسلم (١٥٦٥)، وأبو داود (٣٤٧٨)، والترمذي (١٢٧١)، والنسائي (٧/ ٣٠٧)، وابن ماجه (٢٤٧٦).

له حرمة، ألا ترى أنه لو عطش زرعه فلم يسقه لم يجبر على ذلك، ولو عطش حيوان أجبر على سقيه، فبان الفرق بينهما إذا ثبت أنه يلزمه البدل لما ذكرنا، فإنه لا يلزمه أن يبذل آلته التي هي البكرة والدلو والحبل، لأنها تبلى بالاستعمال ولا تستخلف، ويفارق الماء، لأنه يستخلف في الحال بدله.

فصل:

فأما الذي قد حازه وجمعه في جبة أو مركبة أو مصنعة، فلا يجب عليه بذل شيء منه، وإن كان فاضلاً عن حاجته لأنه لا يستخلف وحكمه كحكم البئر يجب على صاحب العين بذل الفاضل عن حاجته لماشية غيره ولا يلزمه بذله لزرع غيره والله أعلم.

فصل:

في المياه وجملته أن الكلام فيها من فصلين:

أحدهما: في ملكها.

والآخر: في السقي منها.

فأما الكلام في ملكها فهي على ثلاثة أضرب مباح، ومملوك، ومختلف فيه.

فأما المباح كما البحر والنهر الكبير كدجلة والفرات والنيل، ومثل العيون النابعة في موات السهل والجبل فكل هذا مباح، ولكل أحد أن يستعمل منه ما أراد كيف شاء.

والأصل فيه ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ: «الناس شركاء في ثلاث الماء والنار والكلأ» ولأنه حادث في أرض موات فوجب أن يكون مباحاً كالحشيش وإن زاد هذا الماء ودخل أملاك الناس واجتمع فيها لم يملكوه؛ لأنه لو نزل مطر واجتمع في ملكه فمكث أو فرخ طائر في بستانه أو توحل ظبي في أرضه لم يملكه، وكان بمن حازه، فكذلك الماء، وأما المملوك فكل ما حازه من الماء المباح من قربة أو جرة أو ساقه إلى بركة فجمعه فيها فهذا مملوك له كسائر المائعات المملوكة ومتى غصب غاصب شيئاً من ذلك وجب رده على صاحبه. وأما المختلف في كونه مملوكاً فهو كل ما نبع في ملكه من بئر أو عين وقد اختلف أصحابنا فيه على وجهين:

أحدهما: أنه مملوك وقد نص عليه في القديم.

والثاني: أنه ليس بمملوك فإذا قلنا: إنه غير مملوك فإنه لا يجوز أن يبيعه ولا شيئاً منه كيلاً ولا وزناً، ولا يجوز أن يبيع جميعه، لأنه لا يقدر على تسليمه فإنه يختلط به غيره، وإذا باع داراً فيها بئر ما لم يدخل الماء في البيع، لأنه مودع فيها غير متصل بها فهو بمنزلة الطعام في الماء في البيع تبعاً قال: إذا اشترط صح البيع فإن قيل: قد قلتم لا يجوز بيع جميع ما في البئر من الماء وأجزتم هاهنا فما الفرق بينهما؟

فالجواب أنه إذا باع البئر مع مائها فما يحدث من الماء يكون ملكاً للمشتري ولا يتعذر تسليم المبيع إليه وليس كذلك إذا باع الماء وحده، لأنه لا يمكن تسليم المبيع، لأنه

إلى أن يسلم قد بيع فيه ماء آخر فاختلط به.

فصل:

وأما السقي منه فإن الماء المباح على ثلاثة أضراب:

الأول: هو ماء نهر عظيم مثل دجلة والفرات وغيرهما والناس في السقي منه شرع سواء، ولا يحتاج فيه إلى ترتيب وتقديم وتأخير لكثرته واتساعه.

والثاني: ماء مباح في نهر صغير يأخذ من النهر الكبير ولا يسع جميع الأراضي إذا سقيت في وقت واحد ويقع في التقديم والتأخير نزاع فهذا يقدم فيه الأقرب فالأقرب إلى أول النهر الصغير والأصل فيه ما روي أن رجلاً خاصم الزبير في سراح الحرة التي يسقون بها فقال الأنصاري: سرح الماء يمر عليه فأبى عليه الزبير فقال رسول الله ﷺ: «اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك» فغضب الأنصاري، وقال: يا رسول الله إن كان ابن عمتك فتلون وجه رسول الله ﷺ وقال: «اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر» قال الزبير: فوالله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النِّسَاء: ٦٥][(١)] الآية فدل هذا على أن الأقرب أولى فإذا استكفى أرسله إلى جاره إلى من يليه، وروي أيضاً أن رجلاً من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم إلى رسول الله ﷺ في مرور السبل الذي يقتسمون ماءه فقضى بينهم رسول الله ﷺ أن الماء إلى الكعبين ثم يحبسه الأعلى عن الأسفل لكي يرسله إليه وأيضاً فإن الأقرب إلى فرهة النهر بمنزلة السابق إلى المشرعة فوجب أن يكون أولى من الذي هو أبعد منه.

وأما تأويل قصة البئر فهو أن النبي ﷺ أمره أولاً بأن لا يستوفي جميع حقه، ويرسل الماء إلى جاره فلما أساء جاره الأدب أمره النبي ﷺ أن يستوفي في حقه فقال: «احبس الماء حتى يبلغ الجدر»، فإن قيل: ففي الحديث الآخر أنه علق الحق بأن يبلغ الماء إلى الكعبين، وهذا مخالف لذلك.

قلنا: ليس فيهما خلاف، لأن الماء بلغ الكعبين وكانت الأرض مستوية رجع الماء إلى الجدار.

إذا تقرر هذا فإن الأقرب إلى الفرهة يسقى ويحبس الماء عمن دونه فإذا بلغ الماء الكعبين أرسله إلى جاره وهكذا الأقرب فالأقرب يفعل كلما حبس الماء وبلغ في أرضه إلى الكعبين أرسله إلى من يليه حتى يشرب الأراضي كلها فإن كان زرع الأسفل يهلك إلى أن ينتهي الماء إليه لم يجب على من فوقه إرساله إليه فإذا أحيا على هذا النهر الصغير رجل أرضاً مواتاً هي أقرب إلى فرهة النهر من أراضيهم، فإنهم أحق بمائه فإذا فضل عنهم شيء سقي المحيي منه ولا يقول إن هذا الماء ملك لهم كما إذا جازوه ملكوه، وإنما هو من مرافق ملكهم فكانوا أحق به مع حاجتهم إليه فما فضل منهم كان لمن أحيا على ذلك

---

(١) تقدم تخريجه مراراً.

الماء مواتاً وأما الذي في نهر مملوك فهو أن يحفروا في الموات نهراً صغيراً ليحيوا على مائه أرضاً، فإذا بدأوا بالحفر فقد تحجروا إلى أن يصل الحفر بالنهر الكبير الذي يأخذون الماء منه فإذا وصلوا إليه ملكوه كما إذا حفروا بئراً فوصلوا إلى الماء ملكوه، وإذا حفروا معدناً من المعادن الباطنة، وقلنا: يملك في أحد القولين، فإذا وصلوا إلى النيل ملكوه.

إذا ثبت هذا فإنهم يملكونه على قدر نفقاتهم عليه فإن أنفقوا على السواء كان النهر بينهم بالتسوية وإن تفاضلوا كان ملكهم على قدر ما أنفقوا.

فإذا تقرر هذا فإن الماء إذا جرى فيه لم يملكوه كما إذا جرى الفيض إلى ملك رجل واجتمع لم يملكه ولكن يكون أهل النهر أولى به، لأن يدهم عليه وليس لأحد أن يزاحمهم فيه، لأن النهر ملك لهم ولكل واحدٍ منهم أن ينتفع به على قدر الملك لأن الانتفاع به لأجل الملك فإن كان الماء كبيراً يسعهم أن يسقوا من غير قسمة سقوا منه وإن لم يسعهم فإن تهابوا وتراضوا على ذلك جاز لهم ما تراضوا به فإن لم يفعلوا ذلك واختلفوا نصب الحاكم في موضع القسمة خشبة مستوية الظهر محفرة بقدر حقوقهم، فإن كان لقوم مائة جريب ولآخر عشرة أجربة كانت الحفر إحدى عشر حفرة متساوية فيكون هزة منها لساقية من له عشرة أجربة والبواقي لأصحاب المائة جريب وذلك قسمة الماء العادلة.

كتاب اللقطة

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ عَنْ يَزِيدَ مَوْلَى الْمُنْبَعِثِ عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الجُهَنِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عَنْ اللُّقَطَةِ فَقَالَ: اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا».

وَعَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نَحْوَ ذَلِكَ قَالَ الشَّافِعِي: فَبِهَذَا أَقُول.

قال في الحاوي: وهذا كما قال وهذا الحديث هو الأصل في اللقطة وقد رواه الشافعي في «الأم» بتمامه وأنه سأله بعد قوله فشأنك بها عن ضالة الغنم فقال: «لك أو لأخيك أو للذئب» فقال: فضالة الإبل؟ قال: «مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها»[2] أما قوله في ضالة الغنم: «هي لك» يعني إن أخذتها أو لأخيك إن أخذها غيرك» أو للذئب يعني إن لم تؤخذ أكلها الذئب فأما قوله في ضالة الإبل: «مالك ولها» أي لا تأخذها وقوله: «معها سقاؤها» يعني أعناقها التي تتوصل بها إلى الماء فلا تحتاج إلى تقريب الراعي ومعونته وقوله: حذاؤها يعني خفاف أرجلها التي تقدر بها على السير وطلب المرعى وتمتنع من صغار السبع فخالفت الغنم من هذه الوجوه الثلاثة.

وروى مطرف بن عبد الله عن أبيه أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إنا نصيب هوامى الإبل فقال: «ضالة المؤمن حرق النار»[3] وهو من الإبل: هي المهملة التي لا راعي لها، وروي عن النبي ﷺ إنه قال: «لا يأوي الضالة إلا ضال»[4].

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٣، ١٢٤).

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٥٧)، والشافعي في «المسند» (٤٥٣)، والبخاري (٢٤٢٩)، ومسلم (١٧٢٢).

(٣) أخرجه أحمد (٤/ ٢٥، ٥/ ٨٠)، والترمذي (١٨٨١)، وابن ماجه (٢٥٠٢)، والدارمي (٢/ ٢٦٦)، والطبراني في «الكبير» (٢/ ٢٩٦)، وعبد الرزاق (١٨٦٠٣)، وابن حبان (١١٧٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٠٧٠، ١٢٠٧١، ١٢٠٧٢).

(٤) أخرجه أحمد (٤/ ٣٦٠)، وأبو داود (١٧٢٠)، وابن ماجه (٢٥٠٣)، والطبراني في «الكبير» (٢/ ٣٧٦)، وابن عبد البر في «التمهيد» (٣/ ١١٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٠٦٩).

وروى الشافعي يحيى بن سعيد عن الثوري عن سلمة بن كهيل عن سويد بن غفلة أنه سأل أبيّ بن كعب رضي الله عنه عن سوط وجده فقال: إني وجدت صرة في عهد رسول الله ﷺ فيها مائة دينار فذكرتها لرسول الله ﷺ فقال لي: «عرفها حولاً فإن وجدت من يعرفها فادفعها إليه وإلا فاستمتع بها»[(١)].

وروى الشافعي عن عبد العزيز عن شريك عن عطاء بن يسار عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه وجد ديناراً على عهد رسول الله ﷺ فذكره له فأمره أن يعرفه فلم يعرف فأمره بأكله ثم جاء صاحبه فأمره أن يغرمه[(٢)].

فصل: فإذا ثبت ما روينا فاللقطة والضوال مختلفان في الجنس والحكم. فالضوال الحيوان لأنه يضل بنفسه وسنذكر حكمه، واللقطة غير الحيوان سميت بذلك لالتقاط واجدها لها ولها حالتان.

إحداهما: أن توجد في أرض مملوكة فلا يجوز لواجدها التعرض لأخذها وهي في الظاهر لمالك الأرض إذا ادعاها.

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «ما كان منها في طريق ميتاء فعرفها حولاً فإن جاء صاحبها وإلا فهي لك وما كان منها من خراب ففيها وفي الركاز الخمس»[(٣)].

وقوله في طريق ميتاء يعني مملوكة قديمة سميت بذلك لإتيان الناس إليها وروي في طريق مأتى سميت بذلك لإتيان الناس إليها.

والثانية: أن توجد في أرض غير مملوكة من مسجد أو طريق أو موت فلا يخلو ذلك من أحد أمرين أما أن تكون بمكة أو بغير مكة فإن كانت بغير مكة من سائر البلاد فعلى ضربين ظاهر ومدفون فإن كان ظاهراً فعلى ضربين:

أحدهما: ما لا يبقى كالطعام الرطب فله حكم نذكره من بعد.

والثاني: أن يكون مما يبقى كالدراهم والدنانير والثياب والحلى والقماش فهذه هي اللقطة التي قال فيها رسول الله ﷺ: «اعرف عفاصها ووكاءها وعرفها حولاً فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها». فعليه أن يقيم لشروط تعريفها ثم له بعد الحول إن لم يأت صاحبها أن يتملكها، وإن كان مدفوناً فضربان: جاهلي وإسلامي فإن كان إسلامياً فلقطة أيضاً وهي على ما ذكرنا وإن كان جاهلياً فهو ركاز يملكه واجده وعليه إخراج خمسه في

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٢٦)، ومسلم (١٧٢٣).
(٢) أخرجه الشافعي في الأم (٤/٦٧)، وأبو داود (١٧١٤)، وعبد الرزاق (١٨٦٣٧).
(٣) أخرجه أحمد (٢/ ١٨٠، ٢٠٣)، وأبو داود (١٧١٠)، والترمذي (١٢٨٩)، وابن ماجه (٢٥٩٦)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٠٥٨).

مصارف الزكوات لقوله ﷺ وفي الركاز الخمس. وروي عنه ﷺ أنه قال: «وفي السيوب الخمس» يعني الركاز. قال أبو عبيد ولا أراه أخذ إلا من السيب وهو العطية.

فصل: وإن كانت اللقطة بمكة فذهب الشافعي رحمه الله أنه ليس لواجدها أن يتملكها وعليه أن أخذها إن يقيم بتعريفها أبداً بخلاف سائر البلاد.

وقال بعض أصحابنا: مكة وغيرها سواء في اللقطة استدلالاً بعموم الخبر وهذا خطأ، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: إن إبراهيم حرم مكة فلا يختلي خلاءها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا تحل لقطتها إلا لمنشد»[1] وفي المنشد تأويلان:

أحدهما: وهو قول أبي عبيد أنه صاحبها الطالب والناشد وهو المعرف الواجد لها قاله الشاعر[2]:

يَـصِـيـحُ لِـلـنَّـبْـأَةِ أَسْـمَـاعَـهُ ... إِصَـاخَـةَ الـنَّـاشِـدِ لِـلْـمُـنْـشِـدِ

فكأن النبي ﷺ قال: «لا يحل لأحد أن يتملكها إلا صاحبها التي هي له دون الواجد، والتأويل الثاني وهو قول الشافعي أن المنشد الواجد المعرف الناشد هو المالك الطالب.

وروي أن النبي ﷺ سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فقال: «أيها الناشد غيرك الواجد»[3]. معناه لا وجدت كأنه دعا عليه فعلى هذا التأويل معنى قوله لا تحل لقطتها إلا لمنشد أي لمعرف يقيم على تعريفها ولا يتملكها فكان في كلا التأويلين دليل على تحريم تملكها ولأن مكة لما باينت غيرها في تحريم صيدها وشجرها تغليظاً لحرمتها باينت غيرها في ملك اللقطة ولأن مكة لا يعود الخارج منها غالباً إلا بعد حول إن عاد فلم ينتشر إنشادها في البلاد كلها فلذلك وجب عليه إدامة تعريفها ولا فرق بين مكة وبين سائر الحرم لاستواء جميع ذلك في الحرمة فأما عرفه ومصلى إبراهيم ﷺ ففيه وجهان: **أحدهما**: أنه حل تحل لقطته قياساً على جميع الحل، **والوجه الثاني**: أنه كالحرم لا تحل لقطته إلا لمنشد لأن ذلك مجمع الحاج وينصرف النفار منه في سائر البلاد كالحرم ثم اختلفوا في جواز إنشادها في المسجد الحرام مع اتفاقهم على تحريم إنشادها في غيره من المساجد على وجهين: أصحهما جوازه اعتباراً بالعرف وأنه مجمع الناس.

مسألة[4]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَبِهَذَا أَقُولُ وَالْبَقَرُ كَالإِبِلِ لأَنَّهُمَا يَرِدَانِ المِيَاهَ وَإِنْ

---

(١) أخرجه البخاري (١٨٣٣)، ومسلم (٤٧٥/ ١٣٧٤).

(٢) البيت من السريع، وهو للمثقب العبدي في ديوانه (ص٤١)، وجمهرة اللغة (ص ٦٥٢)، والبيان والتبيين (٢/ ٢٨٨)، والمعاني الكبير (ص٧٥٣)، وأمالي القالي (١/ ٣٤)، وسمط اللآلىء (ص١٤٤)، والكامل (ص١٤٢)، وبلا نسبة في مقاييس اللغة (٣/ ٣٢٥)، أساس البلاغة (ص٤٥٦ ـ نشد).

(٣) تقدم تخريجه في الصلاة.

(٤) انظر الأم (٣/ ١٢٤).

تَبَاعَدَتْ وَيَعِيشَانِ أَكْثَرَ عَيْشِهِمَا بِلَا رَاعٍ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْرِضَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَالمَالُ وَالشَّاةُ لَا يَدْفَعَانِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا فَإِنْ وَجَدَهُمَا فِي مَهْلَكَةٍ فَلَهُ أَكْلُهُمَا وَغُرْمُهُمَا إِذَا جَاءَ صَاحِبُهُمَا وَقَالَ فِيمَا وَضَعَهُ بِخَطِّهِ لَا أَعْلَمُهُ بِسَمْعٍ مِنْهُ وَالخَيْلُ وَالبِغَالُ وَالحَمِيرُ كَالبَعِيرِ لأَنَّ كُلَّهَا قَوِيٌّ مُمْتَنِعٌ مِنْ صِغَارِ السِّبَاعِ بَعِيدُ الأَثَرِ فِي الأَرْضِ وَمِثْلُهَا الظَّبْيُ لِلرَّجُلِ وَالأَرْنَبِ وَالطَّائِرِ لِبُعْدِهِ فِي الأَرْضِ وَامْتِنَاعِهِ فِي السُّرْعَةِ».

قال في الحاوي: اعلم أن ضوال الحيوان إذا وجدت لم يخل حالها من أحد أمرين: إما أن توجد في مصر أو في صحراء فإن وجدت في مصر فيأتي وإن وجدت في صحراء فعلى ضربين: **أحدهما**: أن تكون مما يصل بنفسه إلى الماء والرعي ويدفع عن نفسه صغار السباع.

أما لقوة جسمه كالإبل والبقر والخيل والبغال والحمير وأما البعد أثره كالغزال والأرنب والطير فبهذا النوع لا يجوز لواجده أن يتعرض لأخذه إذا لم يعرف مالكه لقوله ﷺ في ضوال الإبل: «ما لك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر ذرها حتى تلقى ربها» ولأنها تحفظ أنفسها فلم يكن لصاحبها حظ في أخذها، فإن أخذها لم يخل من أحد أمرين: إما أن يأخذها لقطة ليمتلكها إن لم يأت صاحبها فهذا متعد وعليه ضمانها فإن أرسلها لم يسقط الضمان.

وقال أبو حنيفة ومالك قد سقط الضمان عنه بالإرسال بناء على من تعدى في وديعة ثم كف عن التعدي فعندهما يسقط الضمان عنه وعندنا لا يسقط فإن لم يرسلها ولكن دفعها إلى مالكها فقد سقط عنه ضمانها بإدائها إلى مستحقها وإن دفعها إلى الحاكم عند تعذر المالك ففي سقوط الضمان وجهان:

أحدهما: قد سقط لأن الحاكم نائب عمن غاب.

والثاني: لا يسقط لأنها قد تكون لحاضر لا يولى عليه.

والثانية: ألا يأخذها لقطة ولكن يأخذها حفظاً على مالكها فإن كان عارفاً بمالكها لم يضمن ويده يد أمانة حتى تصل إلى المالك وإن كان غير عارف للمالك ففي وجوب الضمان وجهان:

أحدهما: لا ضمان لأنه من التعاون على البر والتقوى.

والثاني: عليه الضمان لأنه ولاية له على غائب فإن كان والياً كالإمام أو الحاكم فلا ضمان عليه فقد روي أن عمر رضي الله عنه كانت له حظيرة يحظر فيها ضوال الإبل فهذا حكم أحد الضربين.

فصل: والضرب الثاني: ما لا يدفع عن نفسه ويعجز عن الوصول إلى الماء والرعي كالغنم والدجاج فلو أخذه فأكله في الحال من غير تعريف غنياً كان أو فقيراً فعليه غرمه لمالكه إن وجده وبه قال أبو حنيفة وقال مالك وداود هو غير مضمون ويأكله أكل إباحة

ولا غرم عليه في استهلاكه استدلالاً بأن النبي ﷺ قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»[١] ومعلوم أن ما استهلكه الذئب هدر لا يضمن وإنما أراد بيان حكم الأخذ في سقوط الضمان ولأن ما استباح أخذه من غير ضرورة إذا لم يلزمه تعريفه لم يلزمه غرمه كالدراهم.

ودليلنا قوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه»[٢] ولأنها لقطة يلزمه ردها مع بقائها فوجب أن يلزمه غرمها عند استهلاكها قياساً على اللقطة في الأموال ولأنها ضالة فوجب أن تضمن بالاستهلاك كالإبل فأما الجواب عن قوله ﷺ: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» فهو أنه نبه بذلك على إباحة الأخذ وجواز الأكل دون الغرم وأما الركاز فلأنه لا يلزم رده فلذلك سقط غرمه وليس كذلك الشاة لأن ردها واجب فصار غرمها واجباً.

فصل: فإذا ثبت جواز أخذ الشاة وما لا يدفع عن نفسه وإباحة أكله ووجوب غرمع فكذلك صغار الإبل والبقر لأنها لا تمنع عن أنفسها كالغنم ثم لا يخلو حال واحد الشاة وما في معناها من أربعة أحوال:

إحداها: أن يأكلها فيلزمه غرم ثمنها قبل الذبح عند الأخذ في استهلاكها ويكون ذلك مباحاً لا يأثم به وإن غرم.

والثانية: أن يتملكها ليستبقيها حية لدر أو نسل فلذلك له لأنه لما استباح تملكها مع استهلاكها فأولى أن يستبيح تملكها مع استبقائها ثم في صحة ضمانها وجهان كالعارية مخرجاً وفي اختلاف قوليه في ضمان الصداق أحدهما أنه ضامن لقيمتها في الوقت الذي يملكها فيه.

والثاني: أنه ضامن لقيمتها أكثر ما كانت من حين وقت التملك إلى وقت التلف فإن جاء صاحبها وهي باقية وقذ أخذ الواجد درها ونسلها كان الدر والنسل للواجد لحدوثه على ملكه وللمالك أن يرجع بها دون قيمتها فإن بذل له الواجد قيمتها لم يجبر على أخذها مع بقاء عينها إلا أن يتراضيا على ذلك فيجوز فلو كانت الشاة حين رجع المالك بها زائدة في بدنها أو قيمتها لم يكن للواجد حق في الزيادة وكانت للمالك تبعاً للأصل ولو كانت ناقصة رجع المالك بنقصها على الواجد، لأنها مضمونة بالتلف فكانت مضمونة بالنقص.

فصل: **والثالثة**: أن يستبقيها في يده أمانة لصاحبها فلذلك له لأنه لما أجاز أن يتملكها على صاحبها فأولى أن يحفظها لصاحبها ولا يلزمه تعريفها لأن ما جاز تملكه سقط تعريفه ولا يلزمه إخبار الحاكم بها ولا الإشهاد عليها بل إذا وجد صاحبها سلمها إليه ولا ضمان عليه مدة إمساكها لصاحبها لو تلفت أو نقصت لأن يده يد أمانة كالمعرف.

---

(١) تقدم تخريجه. (٢) تقدم تخريجه.

وقال بعض أصحابنا وجهاً آخر إنه يضمنها لأن إباحة أخذها مقصور على الأكل الموجب للضمان دون الائتمان وهكذا القول فيما حدث من درها ولبنها على المذهب لا يضمنه، وعلى هذا الوجه يضمنه، فإن اتفق عليها أكثر من مؤنة علوفتها فإن كان ذلك منه مع وجود حمى للمسلمين ترى فيه فهو متطوع بالنفقة وليس له الرجوع بها، وإن كان مع عدم الحمى فإن كان عن إذن الحاكم رجع بما أنفق، وإن كان عن غير إذنه فإن كان قادراً على استئذانه لم يرجع بها، وإن لم يقدر على استئذانه فإن لم يشهد لم يرجع وإن أشهد ففي رجوعه بها وجهان:

أحدهما: يرجع للضرورة.

والثاني: لا يرجع لئلا يكون حاكم نفسه. فلو أراد بعد إمساكها أمانة أن يتملكها ففي جوازه وجهان:

أحدهما: له ذلك كالابتداء.

والثاني: ليس له ذلك لاستقرار حكمها فأما إن أراد أن يتملك درها ونسلها من غير أن يتملك أصلها لم يكن له ذلك وجهاً واحداً لأنه فرع يتبع أصله فلو أرسلها بعد إمساكها أمانة لزمه الضمان إلا أن يدفعها إلى حاكم فلا يضمن ولو نوى تملكها ثم أراد أن يرفع ملكه عنها لتكون أمانة لصاحبها، لم يسقط عنه ضمانها وفي ارتفاع ملكه عنها وجهان:

أحدهما: لا يرتفع ملكه لأن الملك لا يزول إلا بقبول المتملك فعلى هذا يكون مالكاً لما حدث من درها ولبنها لبقائها على ملكه.

والثاني: يرتفع ملكه عنها مع بقاء ضمانها وذلك أحوط لمالكها فوجه ذلك أنه لما جاز أن يتملكها من غير بذل مالكها جاز أن يزول ملكه عنها من غير قبول متملكها. فعلى هذا يكون الحادث من درها ونسلها ملكاً لربها تبعاً لأصلها وعليه ضمانه كالأصل.

فصل: والرابعة: أن يريد بيعها فلا يخلو ذلك من أحد أمرين: إما أن يبيعها بعد أن يتملكها، فلذلك له كما لو أكلها ويكون ضامناً لقيمتها دون ثمنها؛ لأنه باعها في حق نفسه. فلو جاء صاحبها بعد البيع لم يكن له في رقبتها حق لنفوذ البيع ورجع بالقيمة على الواجد. فلو كان الخيار المجلس أو خيار الشرط في البيع باقياً فأراد المالك أن يفسخ وأراد البائع الإمضاء ففيه وجهان حكاهما أبو القاسم بن كج:

أحدهما: أن القول قول المالك في الفسخ لاستحقاقه الرجوع بعين ماله مع بقائه.

والثاني: أن القول قول البائع في الإمضاء لأن خيار العقد يستحقه العاقد دون غيره فإذا أمضى غرم القيمة دون الثمن وإن أراد بيعها لمالكها جاز إن كان البيع أحظ من الاستبقاء لما يلزم من الإنفاق عليها. وجاز أن يكون الواجد هو المتولي لبيعها من غير استئذان حاكم بخلاف من أراد بيع مال غريم جاحد فيستوفي منه قدر دينه في أحد الوجهين لأن صاحب الدين يبيعه في حق نفسه فمنع من تفرده به في أحد الوجهين وهذا يبيعه في حق المالك فجاز كالوكيل فإن أراد المالك الفسخ في خيار العقد استحقه وجهاً

واحداً لبيعها في حقه. فلو أراد بعد بيعها لمالكها أن يتملك ثمنها لم يكن له ذلك وجهاً واحداً: بخلاف ما لو أراد أن يتملكها بعينها بعد إمساكها أمانة في أحد الوجهين لأن الثمن قد خرج عن حكم الضوال ولم تخرج هي مع بقائها عن أن تكون ضالة.

فلو كانت الضالة عبداً فإن كان كبيراً فكالبعير لا يتعرض لأخذه وإن كان صغيراً كالشاة يأخذه ويملكه إن شاء لو كانت أمة صغيرة ففي جواز تملكه لها وجهان:

أحدهما: يجوز كالعبد الصغير.

والثاني: لا يجوز كما لا يجوز قرض الإماء وإن جاز قرض العبد لأنها ذات فرج فكان حكمها أغلظ فعلى هذا اتباع على مالكها إن كان البيع أحظ. ثم هل يجوز للواجد أن يتملك ثمنها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز كالأصل.

والثاني: يجوز لأن معنى الأصل مفقود في الثمن. فلو كان عبداً فباعه الواجد له ثم حضر المالك فذكر أنه كان قد أعتقه قبل البيع. قال الشافعي القول قوله وعليه اليمين إن طلبها المشتري لأنه مقر في ملك لم يزل قال الربيع وفيه قول آخر إن قوله غير مقبول لأن بيع الواجد كبيعه في اللزوم: فعلى ما نص عليه الشافعي من قبول قوله يكون البيع باطلاً ويصير العبد حراً ويلزم بائعه الواحد أن يرد ثمنه على المشتري سواء باعه في حق المالك أو في حق نفسه، ولو كان الواجد قد باعه في حق المالك وضاع الثمن من يده بغير تفريط رجع المشتري به على الواجد القابض له فلم يكن للواجد أن يرجع على المالك بثمن ما قد حكم بنفوذ عتقه، فأما على القول الذي خرجه الربيع أن قول المالك فيه غير مقبول فيكون البيع نافذاً إن حلف المشتري عليه والعبد على رقه للمشتري ثم ينظر فإن كان الواحد قد باعه في حق نفسه فله أن يتملك الثمن ما لم يصدق المالك ولا يلزمه غرم القيمة لادعاء المالك حريته التي يسقط معها استحقاق قيمته.

وإن كان الواجد قد باعه في حق المالك كان الثمن موقوفاً في يديه بين المشتري والمالك فإن عاد المشتري فأكذب نفسه وأقر بالعتق فله استرجاع الثمن ويحكم بحرية العبد، وإن عاد المالك فأكذب نفسه وأقر ببقاء الرق ففي قبول قوله في تملك الثمن وجهان:

أحدهما: لا يقبل قوله في ملك الثمن كما لا يقبل قوله في استرقاق ما أقر بحريته.

والثاني: أن يقبل قوله في تملك الثمن وإن لم يقبل قوله في استرقاق ما أقر بحريته لبقاء الملك على الثمن وزواله عن الحر والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيَأْكُلُ اللُّقَطَةَ الغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ وَمَنْ تَحِلُّ لَهُ الصَّدَقَةُ

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٤، ١٢٥).

وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ قَدْ أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أُبَيَّ بْنَ كَعْبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَهُوَ مِنْ أَيْسَرِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ أَوْ كَأَيْسَرِهِمْ وَجَدَ صُرَّةً فِيهَا ثَمَانُونَ دِينَاراً أَنْ يَأْكُلَهَا وَأَنَّ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ذَكَرَ لِلنَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ وَجَدَ دِينَاراً فَأَمَرَهُ أَنْ يُعَرِّفَهُ فَلَمْ يَعْرِفْ فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ بِأَكْلِهِ فَلَمَّا جَاءَ صَاحِبُهُ أَمَرَهُ بِدَفْعِهِ إِلَيْهِ وَعَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِمَّنْ تَحْرُمُ عَلَيْهِ الصَّدَقَةُ لأَنَّهُ مِنْ صُلْبِيَّةِ بَنِي هَاشِمٍ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال يجوز لواجد اللقطة بعد تعريفها حولاً أن يتملكها ويأكلها غنياً كان أو فقيراً وقال أبو حنيفة يجوز له ذلك إن كان فقيراً ولا يجوز له ذلك إن كان غنياً أن يتملكها ويكون مخيراً فيها بين أمرين: إما أن تكون في يده أمانة لصاحبها أبداً كالوديعة وإما أن يتصدق بها فإن جاء صاحبها وأمضى صدقته فله ثوابها ولا غرم على الواجد وإن لم يمض الصدقة فثوابها للواجد عليه غرمها استدلالاً بما رواه عن النبي ﷺ أنه قال: «فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها» وهذا نص، قال: ولأنه مال يعتبر فيه الحول فوجب أن يختلف فيه حار الغني والفقير كالزكاة ولأنه مال مسلم فوجب ألا يحل إلا للمضطر قياساً على غير اللقطة ودليلنا عموم قوله ﷺ لواجد اللقطة: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك» بها يقتضي التسوية بين الغني والفقير. وروي أن أبيّ بن كعب وجد صرة فيها ثمانون ديناراً وروى مائة دينار فأخبر بها النبي ﷺ فقال: «عرفها حولاً فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها» قال الشافعي: وأبي من أيسر أهل المدينة أو كان أيسرهم[١] ولو لم يكن موسراً لصار بعشرين ديناراً منها موسراً على قول أبي حنيفة فدل ذلك على أن الفقر غير معتبر فيها، وإن الغنى لا يمنع منها. وروى عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وجد ديناراً فأتى به إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله وجدت هذا الدينار فقال رسول الله ﷺ: «عرفه ثلاثاً» فعرفه ثلاثاً فلم يجد من يعرفه فرجع إلى رسول الله ﷺ فأخبره فقال: «كله أو سائل به» فابتاع منه بثلاثة دراهم شعيراً وبثلاثة دراهم تمراً وقضى عنه ثلاثة دراهم وابتاع بدرهم لحماً وبدرهم زيتاً وكان الصرف على أحد عشر درهماً بدينار حتى إذا أكله جاء صاحب الدينار يتعرفه فقال علي عليه السلام: قد أمرني رسول الله ﷺ بأكله، فانطلق صاحبه إلى رسول الله ﷺ فذكر ذلك فقال رسول الله ﷺ: «إذا جاء ناشيء أديناه إليك»[٢] وكان صاحب الدينار يهودياً.

قال الشافعي: وعلى ممن تحرم عليه الصدقة لأنه من طينة بني هاشم ولو كانت اللقطة تستباح بالفقر دون الغنى لحظرها عليه ولأن كل من كان من أهل الالتقاط جاز أن يرتفق بالأكل والتملك كالفقير ولأن ما ثبت للفقير في اللقطة ثبت للغني كالنسك والصدقة، ولأن كل ما استباح الفقير إتلافه بشرط الضمان استباح الغني إتلافه بشرط الضمان كالقرض ولا يدخل عليه طعام المضطر لاستوائهما فيه وقد جعل المضطر أصلاً فيقول كل ارتفاق بمال الغير إذا كان مضموناً استوى فيه الغني والفقير كأكل مال الغير

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٢٦)، ومسلم (١٧٢٣).

(٢) تقدم تخريجه.

للمضطر، ولأنه استباح إتلاف مال الغير لمعنى في المال فوجب أن يستوي فيه حكم الغني والفقير كالنحل الصائل، ولأن كل ما استباح تناوله عند الإياس في الأغلب من مالكه استوى فيه حكم الغني والفقير كالركاز ولأنه لا يخلو حال اللقطة في يد واجدها من أن تكون في حكم المغصوب فيجب انتزاعها قبل الحول وبعده من الغني والفقير أو في حكم الودائع فلا يجوز أن يتملكها فقير ولا أن يتصدق بها غني أو حكم الكسب فيجوز أن يتملكها الغني والفقير. ومذهب أبي حنيفة فيها مخالف لأصول هذه الأحكام الثلاثة فكان فاسداً. ثم يقال لأبي حنيفة: الثواب إنما يستحق على المقاصد بالأعمال لا على أعيان الأفعال لأن صورها في الطاعة والمعصية على سواء كالمرائي بصلاته ثم لا يصح أن يكون ثواب العمل موقوفاً على غير العامل في استحقاقه وإحباطه فأما الجواب عن قوله ﷺ: «تصدق بها» فمحمول على أن الواجد سأله عن ذلك فأذن له فيه.

وأما الزكاة فلا معنى للجمع بينها وبين اللقطة لأن الزكاة تملك غير مضمون ببدل واللقطة تأخذ مضمونة ببدل فكان الغني أحق بتملكها لأنه أوفى ذمة وأما ما ذكروه من المضطر فقد جعلناه أصلاً وبالله التوفيق.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا أُحِبُّ لأَحِدٍ تَرْكَ لُقَطَةٍ وَجدَهَا إِذَا كَانَ أَمِيناً عَلَيْهَا».

قال في الحاوي: وهذا صحيح. وظاهر قوله ها هنا ولا أحب ترك اللقطة يقتضي استحباب أخذها دون إيجابه وقال في كتاب الأم ولا يجوز لأحد ترك اللقطة إذا وجدها فكان ظاهر هذا القول يدل على إيجاب أخذها فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين الظاهرين وكان أبو الحسن بن القطان وطائفة يخرجون ذلك على اختلاف قولين:

أحدهما: أن أخذها استحباب وليس بواجب على ظاهر ما نص عليه في هذا الموضع؛ لأنه غير مؤتمن عليها ولا مستودع لها.

والثاني: أن أخذها واجب وتركها مأثم لأنه كما وجب عليه حراسة نفس أخيه المسلم وجب عليه حراسة مال أخيه المسلم.

وقال جمهور أصحابنا: ليس ذلك على قولين إنما هو على اختلاف حالين فالموضع الذي لا يأخذها إذا كانت تؤمن عليها ويأخذها غيره ممن يؤدي الأمانة فيها والموضع الذي أوجب عليه أخذها إذا كانت في موضع لا يؤمن عليها ويأخذها غيره ممن لا يؤدي الأمانة فيها لما في ذلك من التهاون وعلى كلا الحالتين لا يكره له أخذها إذا كان أميناً عليها وحكي عن ابن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنهما كرها أخذها.

وروي أن شريح مرّ بدرهم فلم يعرض له، وفي هذا القول إبطال التعاون وقطع

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٥).

المعروف، وقد أخذ أبيّ بن كعب الصرة التي وجدها وأخذ علي عليه السلام الدينار، وأخبرا به النبي ﷺ فلم ينكر ذلك عليهما ولا كرهه لهما ويجوز أن يكون المحكي عن ابن عباس وابن عمر فيمن كان غير مأمون عليها أو ضعيفاً عن القيام بها ونحن نكره لغير الأمين عليها وللضعيف عن القيام بها أن يتعرض لأخذها وإنما نأمر به من كان أميناً قوياً فلو تركها القوي الأمين حتى هلكت فلا ضمان عليه وإن أساء فإن أخذها لزمه القيام بها وإن تركها بعد الأخذ لزمه الضمان ولو ردها على الحاكم فلا ضمان عليه بخلاف الضوال في أحد الوجهين؛ لأنه ممنوع من أخذ الضوال فضمنها وغير ممنوع من أخذ اللقطة فلم يضمنها.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَعَرِّفْهَا سَنَةً عَلَى أَبْوَابِ المَسَاجِدِ وَالأَسْوَاقِ وَمَوَاضِعِ العَامَّةِ وَيَكُونُ أَكْثَرُ تَعْرِيفِهِ فِي الجُمُعَةِ الَّتِي أَصَابَهَا فِيهَا فَيَعْرِفُ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَدَدَهَا وَوَزْنَهَا وَحِلْيَتَهَا وَيَكْتُبُهَا وَيَشْهَدُ عَلَيْهَا».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: واجد اللقطة وإن كان مخيراً في أخذها فعليه بعد الأخذ القيام بها والتزام الشروط في حفظها على مالكها والشروط التي يؤمر بها أخذ اللقطة سبعة أشياء جاء النص ببعضها والتنبيه على باقيها.

أحدها: معرفة عفاصها وهو ظرفها الذي هي فيه عند التقاطها.

والشرط الثاني: معرفة وكاءها وهو الخيط المشدودة به وبهذين الشرطين جاء النص ولأنها تتميز بمعرفة هذين عن جميع أمواله فيأمن اختلاطها بها.

والشرط الثالث: معرفة عددها تنبيهاً بالنص لأن معرفة عددعا أحوط من تميزها عن الظرف لأن الظرف قد يشتبه.

والشرط الرابع: معرفة وزنها ليصير به معلوماً يمكن الحكم به أنه وجب غرمها.

والشرط الخامس: أن يكتب بما وصفناه من أوصافها كتاباً وأنه التقطها من موضع كذا في وقت كذا لأنه ربما كان ذكر المكان والزمان مما يذكره الطالب من أوصافها.

والشرط السادس: أن يشهد على نفسه بها شاهدين أو شاهداً وامرأتين ليكون وثيقة عليه خوفاً من حدوث طمعه فيها ولأنه ربما مات ولم يعلم وارثه بها أو غرماؤه ولئلا يحدث من الورثة طمع. وقد روي في بعض الأخبار أنه قال لواجد اللقطة وأشهد ذوي عدل.

والشرط السابع: أن يعرفها لأمر النبي ﷺ به لواجدها ولأنه طريق إلى علم مالكها إلا بالتعريف لها فإذا أكمل حال هذه الشروط السبعة على ما سنذكره من صفة التعريف

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٥، ١٢٦).

فقد أقام بحقوقها. وربما استغنى عن بعض هذه الشروط في بعض اللقطة لأنه ربما وجد ديناراً أو درهماً فلا يكون له عفاص ولا وكاء فلا يحتاج إلى معرفتها، والواجب من ذلك كله شرطان متفق عليهما وثالث مختلف فيه أحد الشرطين المتفق عليهما تميزها عن أمواله كلها بأي وجه تميزت به سواء احتاج معه إلى معرفة عفاص ووكاء أو لم يحتج والثاني التعريف الذي به يصل إلى معرفة المالك وإعلامه. وأما المختلف فيه فالإشهاد عليها ولأصحابنا في وجوب الإشهاد على اللقطة والملقوط ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الإشهاد فيهما واجب لما فيه من الوثيقة وفي تركه من التغرير.

والثاني: أن الإشهاد فيهما مستحب لأن الواجد مؤتمن فلم يجب عليه الإشهاد كالوصي والمودع.

والثالث: أن الإشهاد على التقاط المنبوذ واجب والإشهاد على أخذ اللقطة ليس بواجب والفرق بينهما أن اللقطة كسب مال فكان أمرها أخف واللقيط يتعلق به نسب وإثبات حرية فكان أمره أغلظ. ألا ترى أن البيع لما كان اكتساب مال لم يجب فيه الشهادة ولما كان النكاح مفضي إلى إثبات نسب وجبت فيه الشهادة.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من شروطها فنشرخ خال المقصود منها وهو التعريف والكلام فيه يشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: في مدة التعريف.

والثاني: في مكان التعريف.

والثالث: في صفة التعريف. فأما مدة التعريف فمذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك وجمهور الفقهاء أنه يعرفها حولاً كاملاً ولا يلزمه الزيادة عليه ولا يجز به النقصان عنه وقال شاذ من الفقهاء يلزمه أن يعرفها ثلاثة أحوال لا يجزيه أقل منها استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه أمر واجد اللقطة أن يعرفها حولاً ثم عاد إليه فأمره أن يعرفها حولاً، وقال أحمد بن حنبل: عليه تعريفها شهراً واحداً وروى في ذلك خبراً. وقال آخر: يعرفها ثلاثة أيام استدلالاً بحديث علي عليه السلام أن النبي ﷺ أمره بتعريفها ثلاثاً. والدليل على وجوب تعريفها حولاً حديث زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ قال: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها. وحدثنا أبيّ بن كعب أن النبي ﷺ أمره بتعريفها حولاً. ولأن الحول في الشرع أصل معتبر في الزكاة والحرية فكان أولى أن يكون معتبراً في اللقطة ولأن الحول جميع فصول الأزمنة الأربعة وينتهي إلى مثل زمان وجودها فكان الاقتصار على ما دونه تقصيراً والزيادة عليه مشقة. فأما الاستدلال الأول بأن النبي ﷺ أمره أن يعرفها حولاً ثم حولاً ثم حولاً فعنه جوابان:

أحدهما: أنه محمول على من اختار ذلك فسأله عن الجواز دون الوجوب.

والثاني: يحصل على أنه أمره ثلاث مرات أن يعرفها حولاً فكان الحول واحداً والأمر به ثلاثاً.

وأما الاستدلال أحمد على الشهر بالخبر الذي رواه عنه فمحمول على من بقي من حوله شهر. وأما من استدل بأنه أمر علياً عليه السلام بأن يعرفه ثلاثاً فعنه جوابان:

أحدهما: حمله على الأمر ثلاثاً بالتعريف على ما تقدم.

والثاني: أنه أمره بتعريفه بنفسه ثلاثاً ليستكمل غيره مدة التعريف.

والثالث: أنه يجوز أن يكون علم من ضرورته ما أباح له ذلك قبل بلوغ أجله فإن للمضطر أن يستبيح من مال غيره ما يدفع به ضرورة وقته وذلك ظاهر من قول بعض الشعراء حيث قال:

إِذَا صَادَفَ الْمَمْلُوكُ دِينَارٌ ... وَقَدْ حَلَّتْ لَهُ عِنْدَ الضَّرُورَاتِ اللُّقَطْ

دِينَارُكَ اللَّهُ تَوَلَّى نَقْشَهُ ... كَذَلِكَ الْحِنْطَةُ مِنْ خَيْرِ الحِنَطْ

فإذا وجب تعريفها حولاً بما ذكرنا فأول وقت الحول من ابتداء التعريف لا من وقت الوجود وليس عليه أن يستديم تعريفها في جميع نهاره ولكن عليه أن يشيع أمرها في كل يوم بالنداء عليها مرتين أو ثلاثاً لا سيما في ابتداء الأمر وأوله ثم يصير التعريف في كل أسبوع مرتين أو ثلاثاً حتى يصير في الأسبوع مرة لا يقصر عنها فلو عرفها ستة أشهر ثم أمسك عن تعريفها ستة أشهر فهو غير مستوف لمدة التعريف وعليه أن يعرفها ستة أشهر أخرى ليستكمل الحول في تعريفها ثم ينظر حاله عند إمساكه لها بعد ستة أشهر من تعريفها فإن كان قد نوى تملكها فقد ضمنها ولا يصير مالكاً لها وإن لم ينو تملكها فهل يصير ضامناً لها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: قد ضمنها لأن إمساكه عن التعريف تقصير.

والثاني: لا يضمنها لأن إتيانه بالتعريف يوجب عليه استيفاء جميعه ولا يكون ذلك تقصيراً وهذا قول المزني.

فصل: فأما مكان التعريف ففي مجامع الناس ومحافلهم من البلد الذي وجدها فيه وإن وجدها واجدها في صحراء قفراً أو على حادتها من البلاد المقاربة لها، وليكن تعريفها على أبواب المساجد فقد سمع رسول الله ﷺ رجلاً ينشد ضالته في المسجد فقال: «أيها الناشد غيرك الواجد» وليكثر من تعريفها في محاط الرجال ومناخ الأسفار وفي الأسواق فأما الضواحي الخالية فلا يكون إنشادها فيه تعريفاً.

وروى المزني عن الشافعي أنه قال: ويكون أكثر تعريفها في الجمعة التي أصابها فيه. وروى الربيع عن أنه قال: في الجماعة التي أصابها فيها، فكان بعض أصحابنا ينسب المزني إلى الغلط في روايته وأن الأصح رواية الربيع؛ لأن الجمعة وغيرها من الأيام في التعريف سواء، وإنما يؤمر بتعريفها في الجماعة التي أصابها فيه؛ لأن من ضاع منه شيء في جماعة والأغلب أنه يلازم طلبه في تلك الجماعة. وقال سائر أصحابنا: إن كلا الروايتين صحيحة، ولهم في استعمال رواية المزني جوابان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه إنما خص يوم الجمعة بكثرة التعريف

فيه على سائر الأيام لاجتماع الأباعد فيه وإشهار ما يكون فيه.

والثاني: أن رواية المزني محمولة على أن الواجد أصابها يوم الجمعة فيكون أكثر تعريفه لها يوم الجمعة لأنها ربما سقطت ممن كان خارج المصر الذي لا يأتيه إلا في كل جمعة ورواية الربيع محمولة على أنه وجدها في جماعة فيكون أكثر تعريفه لها في تلك الجماعة لأنها الأغلب من بقاع طالبها.

فصل: فأما صفة التعريف فهو مخير بين أحد أمرين: إما أن يقول من ضاع منه شيء ولا يذكر جنسه وهذا أولى الأمرين وإما أن يذكر الجنس فيقول من ضاعت منه دراهم أو من ضاعت منه دنانير ولا يصفها بجميع أوصافها فينازع فيها فإن وصفها بجميع أوصافها من العدد والوزن وذكر العفاص والوكاء ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا ضمان عليه لأنها لا تدفع إلى الطالب بمجرد الصفة حتى يقيم البينة عليها.

والوجه الثاني: عليه الضمان لأنه ربما كان الحاكم ممن يرى دفعها بالصفة فإذا سمعها بالتعريف من تقل أمانته أسرع إلى ادعائها وينبغي أن يكون المعرف لها مأموناً غير مشهور بالخلاعة والمزاح حتى لا ينسب عند التعريف إلى الكذب والمجون فإذا وجد متطوعاً بالتعريف فهو أولى وإن لم يجد إلا مستعجلاً فإن تطوع الواجد ببدل جعله من ماله كان محسناً وإن دفعه ديناً على صاحبها استأذن فيه حاكماً ليصح له الرجوع به فإن لم يستأذن وهو قادر على استئذانه وأشهد بالرجوع ففيه وجهان:

أحدهما: يرجع.

والثاني: لا يرجع.

فصل: فلو ضاعت اللقطة من الواجد لها فالتقطها آخر ثم علم الواجد الأول بها فإن كان ذلك بعد أن تملكها الأول عند استكمال تعريفها حولاً فالملتقط الأول أحق بها من الثاني لاستقرار ملكه عليها وإن كان ذلك قبل استكمال الأول لتعريفها حولاً ففي أحقهما بها وجهان حكاهما ابن كج:

أحدهما: الأول لتقدم يده.

والثاني: أن الثاني أحق بها لثبوت يده.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَهِيَ لَهُ بَعْدَ سَنَةٍ عَلَى أَنَّهُ مَتَى جَاءَ صَاحِبُهَا فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ فَهُوَ غَرِيمٌ إِنْ كَانَ اسْتَهْلَكَهَا».

قال في الحاوي: إذا استكمل تعريفها حولاً كان بعده بالخيار بين أن يتملكها وبين

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٦).

أن تكون في يده أمانة وبين أن يدفعها إلى الحاكم ليحفظها على مالكها بأن يضعها في بيت المال أو على يد أمين. وقال عبد الله بن عمر: لا يجوز للواجد بعد تعريف الحول أن يتملكها بل عليه أن يضعها في بيت المال وقال مالك إن كان غنياً جاز له أن يتملكها وإن كان فقيراً لم يجز لعجز الفقير عن الغرم وقدرة الغني عليه. وقال أبو حنيفة: يجوز للفقير أن يتملكها دون الغني وقد مضى الكلام معه والدليل على جميعهم قوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها». وروي في بعض الأخبار أنه قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فهي لك» وقد أذن رسول الله ﷺ لعلي عليه السلام أن يتملك الدينار وهو لا يجد غرمه حتى غرمه عنه رسول الله ﷺ فبطل به قول مالك وأذن لأبيّ بن كعب أن يتملك الصرة وهو غني فبطل به قول أبي حنيفة، ولأن الواجد لو منع بعد الحول من تملكها أدى ذلك إلى أحد أمرين: إما أن لا يرغب الواجد في أخذها وإما أن تدخل المشقة عليه في استدامة إمساكها فكان إباحة التمليك لها بعد التعريف أحث على أخذها وأحفظ على مالكها لثبوت غرمها في ذمته فلا تكون معرضة للتلف وليكون ارتفاق الواجد بمنفعتها في مقابلة ما عاناه في حفظها وتعريفها وهذه كلها معان استوى فيها الغني والفقير.

ثم مذهب الشافعي لا فرق بين المسلم والذمي في أخذها للتعريف وتملكها بعد الحول لأنها كسب يستوي فيها المسلم والذمي. وقال بعض أصحابنا لا حق للذمي فيها فهو ممنوع من أخذها وتملكها لأنه ليس من أهل التعريف لعدم ولايته على مسلم ولا ممن يملك مرافق دار الإسلام كإحياء الموات.

فصل: فإذا ثبت جواز تملكها بعد الحول لكل واحد من غني أو فقير فقد اختلف أصحابنا بماذا يصير مالكاً على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يصير مالكاً لها بمضي الحول وحده إلا أن يختار أن تكون أمانة فلا تدخل في ملكه، وهذا قول أبي حفص بن الوكيل؛ لأنه كسب على غير بدل فأشبه الركاز والاصطياد.

والثاني: أنه يملكها بعض مضي الحول باختيار التملك، فإن لم يختر للتملك لم يملك، وهذا قول أبي إسحاق المروزي؛ لأن النبي ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها». فرد أمرها إلى اختياره، ولأنه أبيح له التملك بعد الحول بعد أن كان مؤتمناً فاقتضى ألا ينتقل عن ما كان عليه إلا باختيار ما أبيح له.

والثالث: أنه لا يملكها بعد مضي الحول إلا باختيار والتصرف وهو ما لم يتصرف غير مالك لأن التصرف منه كالقبض فأشبه الهبة.

فصل: فإذا صار مالكها كما ذكرنا فقد ضمنها لصاحبها، فمن جاء طالباً لها رجع بها إن كانت باقية وليس للمتملك أن يعدل به مع بقائها إلى بدلها وإن كانت تالفة رجع ببدلها فإن كانت ذا مثل رجع بمثلها وإن كانت غير ذي مثل رجع بقيمتها حين يتملكها؛ لأنه إذ ذاك صار ضامناً لها، فإن اختلفا في القيمة فالقول قول ممتلكها؛ لأنه غارم، فلو

كانت عند مجيء صاحبها باقية بعينها لكن قد حدث فيها نماء منفصل رجع بالأصل دون النماء لحدوث النماء على ملك الواجد، فلو عرف الواجد صاحبها وجب عليه إعلامه بها، ثم ينظر فإن كان ذلك قبل تملكها فمؤنة ردها على صاحبها دون الواجد كالوديعة، فإن كان قصد أن يتملكها الواجد فمؤنة ردها عليه دون صاحبها لبقائها على ملكه ما لم تصل إلى يد صاحبها، وقال الكرابيسي إذا تملك الواجد اللقطة فلا غرم عليه لصاحبها ولكن له الرجوع بها بعد التملك وإن كانت باقية بعينها.

استدلالاً بأن النبي ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها». وروى: «وإلا فهي لك» فلم يجعل عليه بدلاً، ولأنه تملك كالركاز، فلما ملك الركاز بغير بدل ملك اللقطة أيضاً بغير بدل. وهذا قول خالف فيه نص الشافعي وجمهور الفقهاء؛ لأن النبي ﷺ أمر علياً عليه السلام بالغرم، فلما أعسر غرمه عنه؛ ولأن مقصود اللقطة حفظها على مالكها، وفي إسقاط الغرم استهلاك لها. ولأن ملك المسلم لا يستباح من غير اختياره إلا ببدل كأكل مال الغير، فأما الركاز فليس المقصود به حفظه على مالكه ولذلك سقط تعريفه وصار كسباً محضاً لذلك وجب خمسة فافترقا.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَسَواءٌ قَلِيلُ اللُّقَطَةِ وَكَثِيرُهَا فَيَقُولُ مَنْ ذَهَبَتْ لَهُ دَنَانِيرُ إِنْ كَانَتْ دَنَانِيرَ وَمَنْ ذَهَبَتْ لَهُ دَرَاهِمُ إِنْ كَانَتْ دَرَاهِمَ وَمَنْ ذَهَبَ لَهُ كَذَا وَلَا يَصِفُهَا فَيُنَازِعُ فِي صِفَتِهَا أَوْ يَقُولُ جُمْلَةً إِنَّ فِي يَدَيَّ لُقَطَةً».

قال في الحاوي: وجملة ذلك أن اللقطة على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما كان له قيمة وإذا ضاع من مالكه طلبه كالدينار والدرهم فهذا يجب تعريفه على واجده.

والثاني: ما كان تافهاً حقيراً لا قيمة له كالتمرة والجوزة فهذا لا يجب تعريفه، فقد روي أن عمر رضي الله عنه سمع رجلاً يعرف في الطواف زبيبة فقال: إن من الورع ما يمقته الله. وأخذ النبي ﷺ من الحسن تمرة وجدها وقال: «لولا أني أخاف أن تكون من تمر الصدقة لتركتها»(٢).

والثالث: ما كان له قيمة إلا أنه لا تتبعه نفس صاحبه ولا يطلبه إن ضاع منه كالرغيف والدانق من الفضة فقد اختلف أصحابنا في وجوب تعريفه على وجهين:

أحدهما: يجب لكونه ذا قيمة.

والثاني: لا يجب لكونه غير مطلوب ثم ما وجب تعريفه من قليل ذلك أو كثيره عرفه حولاً كاملاً لا يجزيه أقل من ذلك في القليل ولا يلزمه أكثر منه في الكثير. وقال الحسن بن صالح: تعريف الحول يلزم في عشرة دراهم فصاعداً وما دون العشرة يعرفه

---

(١) انظر الأم (٣/١٢٦).

(٢) تقدم تخريجه.

ثلاثة أيام. قال إسحاق بن راهويه: ما دون الدينار يعرفه جمعة. وقال سفيان الثوري في الدرهم: يعرفه أربعة أيام، وهذا غير صحيح لقوله ﷺ: «عرفها حولاً» ولم يفرق بين القليل والكثير. وأمر النبي ﷺ رجلاً وجد سوطاً أن يعرفه حولاً، فأما صفة التعريف فقد مضى الكلام فيها والله أعلم بالصواب.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ كَانَ مَوْلِياً عَلَيْهِ أَوْ لِسَفَهٍ أَوْ صِغَرٍ ضَمَّهَا القَاضِي إِلَى وَلِيِّهِ وَفَعَلَ فِيهَا مَا يَفْعَلُ المُلْتَقِطُ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا وجد اللقطة محجور عليه بسفه أو صغر أو جنون لم يجز إقرارها في يده؛ لأنه منعه الحجر من التصرف في مال نفسه، فأولى أن يمنعه من التصرف في مال غيره.

وعلى الولي أن يأخذها من يده ليقوم بتعريفها حولاً، فإن جاء صاحبها دفعها الولي إليه وإن لم يجىء صاحبها، فللولي أن يفعل بها أحظ الأمرين للمولى عليه من تملكها له أو تركها أمانة لصاحبها، فإن رأى أن يتملكها له جاز؛ لأنها كسب له بوجوده لها، وليست كسباً لوليه، فإن كان المولى عليه صغيراً أو مجنوناً كان الولي هو الذي يتملكها له؛ لأن الصبي والمجنون لا يصح منهما قبول تملك، ولذلك لم يصح منهما قبول وصية ولا هبة، وإن كان سفيهاً كان هو المتملك لها عن إذن الولي بعد اجتهاده في أن أحظ الأمرين هو التملك؛ لأن السفيه لا يمنع من قبول الوصية والهبة بخلاف الصبي والمجنون. ثم إذا جاء صاحبها فعرفها في مال المولى عليه لدخولها في ملك المولى عليه دون الولي، وإن رأى الولي أن أحظ الأمرين للمولى عليه أن تكون أمانة لصاحبها لا يكون غرمها مستحقاً في مال المولى عليه وكانت على حالها أمانة مقره في يد الولي، فلو بلغ الصبي أو أفاق المجنون أو فك الحجر عن السفيه فأراد أن يتملكها وينزعها من وليه بعد أن نوى الأمانة فيها كان ذلك للمولى عليه؛ لأنها من اكتسابه، وهو الآن أقوم بمصالحه فهذا حكمها إن أخذها الولي من المولى عليه.

فصل: فأما أن يأخذها الولي من يده فلا يخلو من أن يكون قد علم بها أو لم يعلم بها فقد ضمنها لمالكها، وإن لم يعلم بها لا يلزمه ضمانها، فإن تلفت في يد المولى عليه لم يخل تلفها من أن يكون بجناية منه وجب غرمها في ماله كما يؤخذ من ماله غرم سائر جناياته، وإن كان تلفها بغير جناية منه ففي وجوب غرمها في ماله وجهان:

أحدهما: يجب ويكون أخذه لها عدواناً منه.

والثاني: لا يجب الغرم؛ لأن الولي لو أخذها منه لما وجب في ماله غرمها فلو لم تتلف وكانت باقية في يده حتى انفك الحجر عنه وصار رشيداً فله تعريفها وهل يكون

---

(١) انظر الأم (٣/١٢٦).

ضامناً لها في مدة التعريف أم لا على ما ذكرنا من الوجهين في غرمها قبل فك الحجر لو تلفت ثم له بعد الحول أن يتملكها إن شاء.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ كَانَ عَبْداً أُمِرَ بِضَمِّهَا إِلَى سَيِّدِهِ فَإِنْ عَلِمَ بِهَا السَّيِّدُ فَأَقَرَّهَا فِي يَدَيْهِ فَهُوَ ضَامِنٌ لَهَا فِي رَقَبَةِ عَبْدِهِ، قَالَ فِيمَا وَضَعَ بِخَطِّهِ: لَا أَعْلَمُهُ سُمِعَ مِنْهُ لَا غُرْمَ عَلَى العَبْدِ حَتَّى يُعْتَقَ مِنْ قِبَلِ أَنَّ لَهُ أَخْذَهَا. قَالَ المُزَنِيُّ: الأَوَّل أَقْيَسُ إِذَا كَانَتْ فِي الذِّمَّةِ وَالعَبْدُ عِنْدِي لَيْسَ بِذِي ذِمَّةٍ. قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهَا السَّيِّدُ فَهِيَ فِي رَقَبَتِهِ إِنْ اسْتَهْلَكَهَا قَبْلَ السَّنَةِ وَبَعْدَهَا دُونَ مَالِ السَّيِّدِ لأَنَّ أَخْذَهُ اللُّقَطَةَ عُدْوَانٌ إِنَّمَا يَأْخُذُ اللُّقَطَةَ مَنْ لَهُ ذِمَّةٌ. قَالَ المُزَنِيُّ: هَذَا أَشْبَهُ بِأَصْلِهِ وَلَا يَخْلُو سَيِّدُهُ مِنْ أَنْ يَكُونَ عَلِمَهُ فَإِقْرَارُهُ إِيَّاهَا فِي يَدِهِ يَكُونُ تَعَدِّياً فَكَيْفَ لَا يَضْمَنُهَا فِي جَمِيعِ مَالِهِ أَوْ لَا يَكُونُ تَعَدِّياً فَلَا تَعْدُو رَقَبَةَ عَبْدِهِ».

قال في الحاوي: وصورتها في عبد أخذ لقطة، فلا يخلو حاله في أخذها من أحد أمرين: إما أن يأخذها لسيده، أو لنفسه، فإن أخذها لسيده جاز ولم يتعلق بأخذه لها ضمان لأنه مكتسب لسيده ويده يد سيده، وعليه أن يُعلِم بها سيده ليضمنها إليه، فإذا علم بها أخذها السيد من يده وعرفها حولاً، فإن جاء صاحبها وإلا فللسيد أن يتملكها. وإن أقرها السيد بعد علمه في يد عبده ليقوم بها وبتعريفها نظر حال العبد، فإن كان ثقة عليها بحيث يجوز أن يكون مؤتمناً عليها جاز ولا ضمان، وإن كان غير ثقة فالسيد متعد بتركها في يده وعليه ضمانها في ماله، وإن كان العبد حين أخذها لنفسه لم يعلمه بها حتى تلفت، فإن كان تلفها بجناية منه ضمنها العبد في رقبته كسائر جناياته، وإن كان تلفها بغير جناية نظر، فإن لم يقدر على إعلام سيده حتى تلفت فلا ضمان عليه وغرمها هدر، وإن قدر على إعلامه ضمنها العبد في رقبته؛ لأنه صار بترك إعلام سيده بها متعدياً.

فصل: فأما أخذها العبد لنفسه لا لسيده ففيه قولان:

أحدهما: أن ذلك جائز له ولا يصير به متعدياً؛ لأن النبي ﷺ قال: «ذلك مال الله يؤتيه من يشاء». فجعلها كسباً فلم يمنع العبد منه كما لا يمنع من الاصطياد والإحشاش وعلى هذا يعرفها العبد حولاً فإن جاء صاحبها وإلا فلكل واحد من العبد والسيد أن يتملكها، فإن تملكها العبد وجب غرمها في ذمته كالقرض وللسيد أخذها منه؛ لأنها من اكتسابه، فلو كان على العبد دين قد تعلق بذمته لم يكن له صرف اللقطة فيه؛ لأن ديون العبد مستحقة من كسبه بعد عتقه، وإن تملكها السيد كان السيد ضامناً لغرمها في ذمته دون العبد، وإن اتفقا أن تكون أمانة لصاحبها فللسيد الخيار في أن ينتزعها من يد عبده ليحفظها، فلو تلفت في يد العبد قبل أن يتملكها واحد منهما لم يضمن أمانة، وإن

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٧).

استهلكها العبد لنفسه نظر في استهلاكه لها، فإن كان قبل الحول ضمنها في رقبته؛ لأن ذلك عدوان منه، وإن كان بعد الحول ضمنها في ذمته؛ لأن ذلك مباح له فهذا حكم أحد القولين.

فصل: والثاني: أنه لا يجوز للعبد أن يأخذ اللقطة لنفسه ويكون بأخذها متعدياً لأمرين:

أحدهما: أن في أخذ اللقطة ولاية على صاحبها وليس العبد من أهل الولاية.

والثاني: أن مقصود اللقطة حفظها على مالكها بالتعريف في الحول وبالذمة المرضية أن تملكت بعد الحول وليس العبد من هذين؛ لأنه مقصوع لخدمة السيد عن ملازمته التعريف وليس بذي ذمة في استحقاق الغرم لتأخيره إلى ما بعد العتق فلأجل ذلك صار من غير أهلها؛ فعلى هذا للسيد حالتان؛ حالة يعلم بها وحالة لا يعلم بها، فإن لم يعلم السيد بها فالعبد ضامن للقطة في رقبته دون ذمته؛ لأن أخذه لها جناية منه، وسواء كان تلفها قبل الحول أو بعده بفعله أو بغير فعله، وإن علم بها السيد فله حالتان:

إحداهما: أن ينتزعها من يده، فإذا فعل ذلك سقط ضمانها عن العبد وكانت أمانة في يد السيد فإن قيل فلم سقط ضمانها عن العبد يدفعها إلى السيد وليس السيد مالكاً لها وضمان الأموال بالعدوان لا يسقط إلا بردها على المالك قيل لأن السيد مستحق لأخذها ألا ترى أن العبد لو أخذها لسيده لم يلزمه الضمان فإذا دفعها إلى السيد سقط عنه الضمان فإذا صح أن ضمانها قد سقط عن العبد بأخذ السيد لها ففي يد السيد حينئذٍ وجهان:

أحدهما: أنه يد مؤتمن لا يد ملتقط وليس له أن يتملكها بعد التعريف لأنه غير الواجد لها فأشبه الحاكم الذي لا يجوز له بعد التعريف أن يتملكها.

والثاني: أن يده ملتقط فيجوز له بعد التعريف أن يتملكها لأن يد عبده كيده والحال الثانية أن لا يأخذها السيد من يد عبده بعد علمه بها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يأمره السيد بإقرارها في يده فيستبقيها عن إذن سيده فإن كان كذا نظر في العبد فإن كان ثقة أميناً سقط ضمانها عن العبد بإذن السيد له في الترك؛ لأن يد العبد كيد سيده وصار كأخذ السيد فيكون على ما مضى من الوجهين، وإن كان العبد غير مأمون ضمنها السيد وهل يسقط ضمانها عن رقبة العبد أم لا على وجهين:

أحدهما: سقط لتصرفه عن إذن السيد وصار ذلك تفريطاً من السيد.

والثاني: أن ضمانها باقٍ في رقبة العبد لأنها لم تخرج عن اليد المتقدمة.

والضرب الثاني: أن يقرها السيد في يده من غير أن يأمره فيها بل يمسك عنها عند علمه، فالذي نقله المزني عن الشافعي ها هنا أن السيد يكون ضامناً لها في رقبة عبده، ونقل الربيع في «الأم» أن السيد يكون ضامناً لها في رقبته عبده وسائر ماله، فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين النقلين، فكان أبو إسحاق المروزي حمل ذلك على سهو المزني وغلطه وجعلها مضمونة على السيد في رقبة عبده وسائر ماله على ما رواه الربيع، وزعم

أن المزني قد ذكر ذلك في «جامعه الكبير» وإن كنت قد قرأته فلم أجد ذلك فيه. وقال آخرون من أصحابنا: إن اختلاف هذا النقل بعض اختلاف قول الشافعي فيكون على قولين:

أحدهما: إن ذلك مضمون في رقبة العبد وحده؛ لأن رؤية السيد لجناية عبده وتركه لمنعه لا يوجب عليه ضمان جنايته، ألا ترى أن السيد لو شاهد عبده يقتل رجلاً أو يستهلك مالاً وقدر على منعه فلم يمنعه لم يضمن السيد قاتلاً، ولا مستهلكاً، ولا يجب عليه إن لم يمنعه غرم، ولا ضمان كذلك في اللقطة.

والثاني: أن ذلك مضمون على السيد في رقبة عبده وسائر أمواله لأن يد السيد لو عادت اللقطة إليها مستحقة لها فصار تركه في يده عدواناً منه وليس كالذي يجني عليه عبده أو يستهلك فلذلك ضمن اللقطة في رقبة عبده وسائر ماله ولم يضمن جناية العبد وإن علم بها وإلا فمضمونة في رقبته دون سيده.

فإن قيل: فإذا كانت مضمونة على السيد في سائر ماله فلم خصصتم رقبة العبد بها وهي من جملة ماله قلنا لأن تعلقها برقبة العبد معين كالجناية حتى لو كان على السيد دين كان مالك اللقطة أحق برقبة العبد من سائر غرمائه كما لو جنى وليس كذلك سائر أمواله.

لأن ملك اللقطة وغيرها في الغرم فيها سواء وقال آخرون من أصحابنا: ليس اختلاف هذا النقل على اختلاف قولين وإنما هو اختلاف حاليه فرواية المزني: أنها مضمونة في رقبة عبده محمولة على أن العبد كان بالغاً عاقلاً فلم يتعلق ضمانها إلا برقبته ورواية الربيع أنها مضمونة في رقبة عبده وسائر ماله محمولة على أن العبد كان صبياً أو عجمياً فصار فعله منسوباً إلى سيده بعد العلم به وهذا حكاه أبو علي بن أبي هريرة فأما المزني فإنه تكلم على ذلك واختار منه ما أخذه.

فصل: فأما إذا أمر السيد عبده بأخذ اللقطة فأخذها عن أمر سيده فذلك جائز لا يتعلق برقبة العبد ضمانها قولاً واحداً ثم إن كان العبد من أهل الأمانات لم يضمنها السيد بإقرارها في يد العبد، وإن كان من غير أهلها ضمنها فأما إذا نهاه عن أخذها فأخذها بعد نهي السيد له فقد كان أبو سعيد الاصطخري يقول يضمنها العبد في رقبته قولاً واحداً لأن نهي السيد قد قطع اجتهاده في أخذها وقال سائر أصحابنا بل يكون على ما مضى من القولين كما لم ينهه كالقرض الذي لو منع السيد عبده منه لما كان مضموناً عليه لو فعله إلا في ذمته فلو كان العبد مأذوناً له في الجنازة والكسب فقد اختلف أصحابنا هل يكون أخذ اللقطة داخلاً في عموم إذنه أم لا على وجهين:

أحدهما: أنه يكون داخلاً فيه فعلى هذا لا يضمنها العبد إن أخذها قولاً واحداً.

والثاني: لا يكون داخلاً في إذنه فعلى هذا في ضمانه لها إن أخذها قولان.

فصل: فلو التقط العبد لقطة ثم عتق قبل الحول أنها تكون كسباً لسيده وله أن يتملكها دونه لأن أخذه لها كان وهو عبد وهي تملك بالأخذ وإنما تعريف الحول شرط

وقال بعض أصحابنا تكون كسباً للعبد لأنها قبل التعريف أمانة وبعد التعريف كسب والله أعلم.

مسألة(1):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ حُرًّا غَيْرَ مَأْمُونٍ فِي دِينِهِ فَفِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنْ يَأْمُرَ بِضَمِّهَا إِلَى مَأْمُونٍ وَيَأْمُرَ المَأْمُونَ وَالْمُلْتَقِطَ بِالإِنْشَادِ بِهَا. وَالقَوْلُ الآخَرُ لَا يَنْزَعُهَا مِنْ يَدَيْهِ وَإِنَّمَا مَنَعْنَا مِنْ هَذَا القَوْلِ لأَنَّ صَاحِبَهَا لَمْ يَرْضَهُ. قَالَ المُزَنِيُّ: فَإِذَا امْتَنَعَ هَذَا القَوْلِ لِهَذِهِ العِلَّةِ فَلَا حَوْلَ لَهُ إِلَّا الأَوَّلُ وَهُوَ أَوْلَى بِالحَقِّ عِنْدِي وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ. قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَدْ قَطَعَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ بِأَنَّ عَلَى الإِمَامِ إِخْرَاجَهَا مِنْ يَدِهِ لَا يَجُوز فِيهَا غَيْرُه وَهَذَا أَوْلَى بِهِ عِنْدِي».

قال في الحاوي: وهذا كما قال إذا كان واجد اللقطة غير مأمون عليها ففيه قولان منصوصان:

أحدهما: أنها كسب لواجدها وإن كان غير مأمون كالركاز فتقر في يده ولا تنتزع منه فعلى هذا اختلف أصحابنا هل يضم إليه أمين يراعيها معه حفظاً لها أم لا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه لا اعتراض عليه فيها بحال ويكون هو المقيم بحفظها وتعريفها من غير أن يكون لغيره نظر فيها، والوجه الثاني وهو قول أبي علي الطبري في «الإفصاح» أن الحاكم يضم إليه أميناً يراعي حفظها في يد الواجد استظهاراً للمالك وإن لم تنتزع لما تعلق بها من حق الواجد.

والثاني: وهو الأصح واختاره المزني: أن الحاكم ينتزعها من يد الواجد إذا كان غير مأمون عليها، ويدفعها إلى من يوثق به من أمنائه؛ لأن الحاكم مندوب إلى حفظ أموال من غاب، ولأن مالكها لم يرض بذمة من هذه حالة، ولأن الوصي لما وجب انتزاع الوصية من يده لفسقه مع اختيار المالك له فلأن يخرج يد الواجد الذي لم يختره أولى. فعلى هذا القول إذا أخرجها الحاكم من يده إلى أمين يقوم بحفظها ففي الذي يقوم بتعريفها قولان:

أحدهما: رواه المزني أن الأمين هو الذي يقوم بتعريفها خوفاً من جناية الواجد في تعريفها.

والثاني: في «الأم»: أن الواجد هو المعرف دون الأمين؛ لأن التعريف من حقوق التمليك وليس فيه تقرير، لأنها لا تدفع بالصفة فإذا عرفها حولاً ولم يأت صاحبها، فإن أراد الواجد أن يتملكها سلمت إليه وأشهد الحاكم عليه بغرمها إذا جاء صاحبها وإن لم يختر أن يتملكها كانت في يد الأمين.

---

(1) انظر الأم (٣/١٢٨).

فصل: فأما إذا كان الواجد لها مأموناً لكنه ضعيف لا يقدر على القيام بها فإنها لا تنتزع من يده، ولكن يضم الحاكم إليه أميناً يجتمع معه على القيام بها ليقوى به على الحفظ والتعريف.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالمُكَاتِبُ فِي اللُّقَطَةِ كَالحُرِّ لأَنَّ مَالَهُ يُسَلمُ لَهُ».

قال في الحاوي: وهذا هو الذي نص عليه الشافعي في هذا الموضع، أن المكاتب في اللقطة كالحر في جواز أخذها وتملكها، وقال في الإملاء»: إنه كالعبد في أنه إن أخذها لسيده جاز، وإن أخذها لنفسه فعلى قولين. فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين النصين، فبعضهم يخرج ذلك على قولين:

أحدهما: أنه كالحر في جواز أخذها وصحة تملكها لنفوذ عقوده وتملك هباته.

والثاني: أنه كالعبد؛ لأن مالك اللقطة لم يرض بذمة من له استرقاق في نفسه بالتعجيز وإبطال ذمته بالفسخ. وهذه الطريقة هي اختيار أبي إسحاق المروزي. وقال آخرون من أصحابنا: إن ذلك على اختلاف حالين، فالموضع الذي قال فيه هو كالحر إذا كانت كتابته صحيحة. والموضع الذي قال هو كالعبد إذا كانت كتابته فاسدة، وهذا اختيار أبي علي الطبري؛ لأن في الكتابة الصحيحة كالحر في رفع يد سيده عنه، وفي الكتابة الفاسدة كالعبد القن في تصرف سيده.

فصل: فأما المدبر فهو كالعبد القن في اللقطة، وأما أم الوالد فكالعبد في اللقطة إن أخذتها للسيد جاز وإن أخذتها لنفسها فعلى قولين:

أحدهما: يجوز فعلى هذا يتعلق غرم اللقطة بذمتها إذا أعتقت.

والقول الثاني: لا يجوز فعلى هذا إن لم يعلم السيد بها فهل يتعلق غرمها بذمة أم الوالد أم برقبتها على وجهين:

أحدهما: بذمتها ولا يلزم السيد غرمها.

والثاني: برقبتها وعلى السيد غرمها وافتكاك رقبتها كما يفعل في جنايتها وإن علم السيد بها فعلى ثلاثة أوجه:

أحدها: في ذمتها بعد العتق.

والثاني: في رقبتها وعلى السيد فكاكها بأقل الأمرين من قيمة اللقطة أو قيمتها.

والثالث: أنها في ذمة السيد يغرمها بجميع قيمتها.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالعَبْدُ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ، فَإِنْ التَقَطَ فِي اليَوْمِ

---

(١) انظر الأم (٣/١٢٨).

(٢) انظر الأم (٣/١٢٨، ١٢٩).

الَّذِي يَكُونِ فِيهِ مُخَلًّى لِنَفْسِهِ أُقِرَّتْ فِي يَدِهِ وَكَانَتْ بَعْدَ السَّنَةِ لَهُ كَمَا لَوْ كَسَبَ فِيهِ مَالاً كَانَ لَهُ وَإِنْ كَانَ فِي الْيَوْمِ الَّذِي لِسَيِّدِهِ أَخَذَهَا مِنْهُ لأَنَّ كَسْبَهُ فِيهِ لِسَيِّدِهِ».

قال في الحاوي: وصورتها في عبد نصفه حر ونصفه مملوك وجد لقطة فلا يخلو حاله من أن يكون مهايأة أو غير مهايأة فإن كان غير مهايأة فنصف أكسابه له بحق حريته وعليه نصف نفقته ونصف أكسابه لسيده وعليه نصف نفقته وإذا كان هكذا فنصف اللقطة له بما فيه من الحرية يقيم على تعريفه ويتملكه بعد حوله وأما النصف الآخر فهو فيه كالعبد فإن أخذه لسيده جاز ولم يضمنه، وإن أخذه لنفسه فعلى ما مضى من القولين. وللسيد أخذ ذلك النصف منه دون النصف الذي أخذه بحريته ثم يصيران شريكين فيها يقيمان على تعريفها ويتملكانها بعد حولها، وإن كان مهايأة والمهايأة أن يكتسب لنفسه يوماً وعليه نفقته ولسيده يوماً مثله وعليه نفقته فيدخل في المهايأة الأكساب المألوفة وهل يدخل فيها ما ليس بمألوف من الأكساب كاللقطة والركاز على قولين.

أحدهما: يدخل فيها وهو أظهرهما لأنه نوع من الكسب فعلى هذا إن وجدها في يوم نفسه فهو فيه كالحر يجب عليه تعريفها ويجوز له تملكها وإن وجدها في يوم سيده فهو فيها كالعبد المملوك جميعه فإن أخذها لسيده جاز وإن أخذها لنفسه فعلى ما مضى من القولين فهذا حكم دخولها في المهايأة.

والثاني: أنها لا تدخل في المهايأة ولا المكاسب النادرة لأنها قد توجد في أحد الزمانين دون الآخر فيصير أحدهما مختصاً في زمانه بما لا يساويه الآخر في زمانه فعلى هذا يكون في اللقطة كغير المهايأة على ما مضى وهكذا حكمه لو كان أقله الحر أو أكثر مملوكاً فأما المملوك بين شريكين فإن لم يكن بينهما فيه مهايأة اشتركا في قيمة اللقطة وإن كان بينهما فيه مهايأة ففي دخول اللقطة في مهايأتهما قولان على ما مضى.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيُفْتِي الْمُلْتَقِطْ إِذَا عَرَفَ الرَّجُلُ العِفَاصَ وَالْوِكَاءَ وَالعَدَدَ وَالوَزْنَ وَوَقَعَ فِي نَفْسِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ أَنْ يُعْطِيَهُ وَلَا أُجْبِرُهُ عَلَيْهِ إِلَّا بِبَيِّنَة لأَنَّهُ قَدْ يُصِيبُ الصِّفَةَ بِأَنْ يَسْمَعَ الْمُلْتَقِط يَصِفُهَا وَمَعْنَى قَوْلِهِ ﷺ: اعِرفَ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا» وَاللَّهُ أَعْلَم لأَنَّ يُؤَدِّي عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا مَعَهَا وَلْيَعْلَمَ إِذَا وَضَعَهَا فِي مَالِهِ أَنَّهَا لُقَطَةٌ وَقَدْ يَكُونُ لِيَسْتَدِلَّ عَلَى صِدْقِ الْمُعَرَّفِ أَرَأَيْتَ لَوْ وَصَفَهَا عشرة أَيُعْطُونَهَا وَنَحْنُ نَعْلَمُ أَنَّ كُلَّهُمْ كَاذِبٌ إِلاَّ وَاحِداً بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ صَادِقاً».

قال في الحاوي: وصورتها في رجل ادعى لقطة في يد واجدها فإن أقام البينة العادلة على ملكها وجب تسليمها له وإن لم يقم بينة لكن وصفها فإن أخطأ في وصفها لم يجز دفعها إليه وإن أصاب في جميع صفاتها من العفاص والوكاء والجنس والنعت والعدد

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٩).

والوزن فإن لم يقع في نفسه صدقه لم يدفعها إليه وإن وقع في نفسه أنه صادق أفتيناه بدفعها إليه جوازاً لا واجباً فإن امتنع عن الدفع لم يجبر عليه وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك وأحمد: يجبر على دفعها إليه بالصفة استدلالاً بقوله ﷺ: «اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء طالبها، أو قال باغيها، فادفعها إليه». فلما أخبر بمعرفة العفاص والوكاء دل على أنه كالبينة في الاستحقاق.

وروى سويد بن غفلة أن النبي ﷺ قال: «فإن جاء باغيها فعرفك عفاصها ووكاءها فادفعها إليه». وهذا نص قالوا: ولأن كل أمارة غلب بها في الشرع صدق المدعي جاز أن يوجب قبول قوله كالقسامة قالوا: ولأن البينات في الأصول مختلفة وما تعذر منها في الغائب مخفف كالنساء المنفردات في الولادة وإقامة البينة على اللقطة متعذرة لا سيما على الدنانير والدراهم التي لا تضبط أعيانها فجاز أن تكون الصفة التي هي غاية الأحوال الممكنة أن تكون بينة فيها ودليلنا قوله ﷺ: «لو أعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»[1]، فلم يجعل الدعوى حجة ولا جعل مجرد القول حجة بينة ولأن صفة المطلوب لا تكون بينة للطالب كالمسروق والمغصوب ولأن صفة المطلوب من تمام الدعوى فلم يجز أن تكون بينة للطالب قياساً على الطلب.

قال الشافعي رحمه الله محتجاً عليهم: أرأيت لو وصفها عشرة أيعطونها ونحن نعلم أن كلهم كذبة إلا واحداً بعينه فرد عليه ابن داود فقال كما لو ادعاها عشرة وأقام كل واحد عليها بينة نقسمها بينهم وإن كان صدق جميعهم مستحيلاً، كذلك إذا وصفوها كلهم. والجواب عن هذا من وجهين:

أحدهما: أن كذب المدعي أسقط للدعوى من كذب الشهود، ألا ترى أن إكذاب المدعي لنفسه مبطلاً للدعوى وإكذاب الشهود ولأنفسهم غير مبطل للدعوى.

والثاني: أن البينة هي أقصى ما يقدر عليه المدعي وأقوى ما يحكم به الحاكم فدعت ضرورة الحاكم في البينة إلى ما لم تدعه من الصفة.

وأما الجواب عن قولهم عفاصها ووكاءها فهو أن ذلك لا لدفعها بصفة العفاص والوكاء ووجوب رده معه ولكن لمعانٍ هي أخص بمقصود اللفظ منها أنه نبه بحفظ العفاص والوكاء ووجوب رده مع قلته وندارته على حفظ ما فيه ووجوب رده مع كثرته ومنها أن يتميز بذلك عن ماله ومنها جواز دفعها بالصفة وإن لم يجب وعلى هذا حمل حديث سويد بن غفلة الذي جعلوه نصاً وأما استدلالهم به فنحن ما جعلنا الأمارة على الصدق حجة في قبول الدعوى وإنما الأيمان بعدها حجة وهم لا يقولون بذلك في اللقطة بعد الصفة فدل على اختلافهما.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٥٥٢)، ومسلم (١٧١١).

وأما استدلالهم بأن البينات في الأصول مختلفة فصحيح وليس من جميعها بينة تكون بمجرد الصفة ولا يكون تعذر البينة موجباً أن تكون الصفة بينة ألا ترى أن السارق تتعذر إقامة البينة عليه ولا يكون صفة ما بيده لمدعي سرقته حجة.

فصل: فإذا ثبت أن دفعها بالصفة لا يجب فدفعها بالصفة وسعة ذلك إذا لم يقع في نفسه كذبه فإن أقام غيره البينة عليها بشاهدين أو شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين كان مقيم البينة أحق بها من الآخذ لها بالصفة فإن كانت باقية في يد الواصف لها انتزعت منه لمقيم البينة وإن كان قد استهلكها نظر في الدافع لها فإن كان قد دفعها بحكم حاكم رأى ذلك مذهباً فلا ضمان على الدافع ورجع مقيم البينة بغرمها على الآخذ لها بالصفة وإن كان قد دفعها بغير حكم حاكم فلصاحب البينة الخيار في الرجوع بغرمها على من شاء من الدافع الملتقط أو الآخذ الواصف فإن رجع بها على الآخذ لها بالصفة فله ذلك لضمانه لها باليد واستحقاق غرمها بالإتلاف وقد برىء الدافع لها من الضمان لوصول الغرم إلى مستحقه وليس للغارم أن يرجع بما غرمه على الدافع لأنه إن كان مستحقاً عليه فمن وجب عليه حتى لم يرجع به على أحد وإن كان مظلوماً به فالمظلوم بالشيء لا يجوز أن يرجع به على غير ظالمه وإن رجع مقيم البينة بغرمها على الدافع الملتقط نظر في الدافع فإن كان قد صدق الواصف لها على ملكها وأكذب الشهود لصاحب البينة عليها فليس له الرجوع بغرمها على الآخذ لها بالصفة لأنه مقر أنه مظلوم بالمأخوذ منه فلا يرجع به على غير من ظلمه وإن لم يكن قد صدق الواصف ولا أكذب الشهود فله الرجوع بالغرم على الآخذ لها بالصفة لضمانه لها بالاستهلاك فتكون البينة موجبة عليه وله.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَتْ اللُّقَطَةُ طَعَاماً رَطِباً لَا يَبْقَى فَلَهُ أَنْ يَأْكُلَهُ إِذَا خَافَ فَسَادَهُ وَيُغْرِمَهُ لِرَبِّهِ. وَقَالَ فِيمَا وَصَفَهُ بِخَطِّهِ: لَا أَعْلَمُهُ سُمِعَ مِنْهُ إِذَا خَافَ فَسَادَهُ أَحْبَبْتُ أَنْ يَبِيعَهُ وَيُقِيمَ عَلَى تَعْرِيفِهِ. قَالَ المُزَنِيُّ: هَذَا أَوْلَى القَوْلَيْنِ بِهِ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَقُلْ لِلْمُلْتَقِطِ شَأْنُكَ بِهَا إِلَّا بَعْدَ سَنَةٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي مَوْضِعٍ مَهْلَكَةٍ كَالشَّاةِ فَيَكُونُ لَهُ أَكْلُهُ وَيَغْرِمُهُ إِذَا جَاءَ صَاحِبُهُ».

قال في الحاوي: أما الطعام الرطب فضربان:

أحدهما: أن يكون مما ييبس فيبقى كالرطب الذي يصير خمراً والعنب الذي يصير زبيباً فهذا حكمه حكم غير الطعام في وجوب تعريفه واستبقائه فإن احتاج تجفيفه إلى مؤنة كانت على مالكه ويفعل الحاكم أحظ الأمرين للمالك من بيعه أو الإنفاق عليه.

والثاني: أن يكون مما لا يبقى كالطعام الذي يفسد بالإمساك كالهريسة والفواكه والبقول التي لا تبقى على الأيام فقد حكى المزني عن الشافعي ها هنا أنه قال في موضع

(١) انظر الأم (٣/ ١٢٩، ١٣٠).

يأكله الواجد وقال في موضع آخر أحببت أن يبيعه فاختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وطائفة من أصحابنا يخرجونه على قولين:

أحدهما: لواجده أكله كالشاة التي لم تعذر استبقاؤها أبيح لواجدها أكلها.

والثاني: ليس لواجده أكله بخلاف الشاة لا يجب تعريفها فأبيح له أكلها والطعام وإن كان رطباً يجب تعريفه فلم يستبح واجده أكله وحكى أبو علي بن أبي هريرة أن ذلك على اختلاف حالين إن كان الحاكم موجوداً يقدر على بيعه لم يكن لواجده أكله وإن كان معدوماً جاز أكله وكان أبو القاسم الصيمري رحمه الله يقول اختلاف حاليه في إباحة أكله معتبر بحال واجده فإن كان فقيراً محتاجاً استباح أكله وإن كان غنياً لم يستبحه.

فصل: فإذا قلنا بجواز أكله فأكله صار ضامناً لقيمته وعليه تعريف الطعام حولاً وهل يلزمه عزل قيمته من ماله عند أكله أم لا على قولين:

أحدهما: يلزمه عزل القيمة لئلا يصير متملكاً للقطة يجب تعريفها قبل حولها.

والثاني: لا يجب عليه عزلها لأنه لو عزلها فهلكت كانت من ماله فكانت ذمته أخط لها ولم يكن عزلها مقيداً ومن قال بالأول جعل فائدة عزلها لو أفلس بعد عزل قيمتها ثم حضر المالك كان أولى بالمعزول من قيمتها من جميع الغرماء وزعم أن تلفها من يده بعد وجوب عزلها لا يوجب عليه غرمها فصار في ضمانه للثمن إن تلف بعد وجوب عزله وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن أبي هريرة أنه يكون مضموناً عليه والثاني وهو أشبه أنه لا ضمان عليه لأن الثمن مع وجوب عزله يقوم مقام الأصل مع بقائه.

فصل: وإذا قلنا لا يجوز له أكله فعليه أن يأتي الحاكم حتى يأذن له في بيعه ولا يجوز أن يتولى بيعه بنفسه مع القدرة على استئذان الحاكم بخلاف الشاة إذا وجدها وأراد بيعها لأن يده على الشاة أقوى لما استحقه عاجلاً من أكلها ويده على الطعام أضعف لما وجب عليه من تعريفه فإن أعوزه إذن الحاكم جاز بيعه له فلو باعه بإذن الحاكم كان الثمن في يده أمانة وعليه تعريف الطعام وحولاً فإن جاء صاحبه فليس له إلا الثمن دون القيمة ولو لم يأت صاحبه فللواجد أن يتملك الثمن ولو هلك الثمن في يده قبل الحول أو بعده، وقبل التملك لو كان تالفاً من مال ربه ولا ضمان على الملتقط وهكذا حكم الثمن لو كان الواجد هو البائع عند إعواز الحاكم فأما إن باعه مع وجود الحاكم فبيعه باطل وللمالك القيمة دون الثمن لفساد العقد فإن تلف الثمن من يد الواجد قبل الحول كان عليه غرمه لتعديه بقبضه مع فساد بيعه فإن حضر المالك والثمن بقدر القيمة من غير زيادة ولا نقص أخذه وهو مبلغ حقه وإن كان أقل فله المطالبة بإتمام القيمة ويرجع على المشتري لأن المشتري لما اشترى شراءً فاسداً فكان ضامناً للقيمة

دون المسمى إلا أن يشاء المالك أن يسامح بفاضل القيمة فيكون الباقي منه مردوداً على المشتري إذ ليس يلزمه إلا القيمة.

مسألة(١):

وَقَالَ فِيمَا وَضَعَ بِخَطِّهِ لَا أَعْلَمُهُ سُمِعَ إِذَا وَجَدَ الشَّاةَ أَوْ البَعِيرَ أَوْ الدَّابَّةَ أَوْ كَانَتْ بِالمِصْرِ أَوْ فِي قَرْيَةٍ فَهِيَ لُقَطَةٌ يُعَرِّفُهَا سَنَةً».

قال في الحاوي: قد مضى حكم ضوال الإبل والغنم إذا وجدها في الصحراء فأما إذا وجدها في المصر أو في قرية فالذي حكاه المزني فيما وجد بخطه أنها لقطة له أخذها وعليه تعريفها حولاً وحكي عن الشافعي في «الأم» أنها في المصر والصحراء سواء يأكل الغنم ولا يعرض للإبل فاختلف أصحابنا فمنهم من خرج ذلك على قولين:

أحدهما: أن المصر كالبادية يأكل الغنم ولا يعرض للإبل، وهو المحكي عنه في «الأم» لعموم قوله ﷺ: «ضالة المؤمن حرق النار»(٢).

والثاني: أنها لقطة يأخذ الغنم والإبل جميعها ويعرفها كسائر اللقط حولاً كاملاً وهو الذي حكاه المزني عنه وفيما لم يسمع منه لأن قوله ﷺ في ضوال الإبل: «معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر» يختص بالبادية التي يكون فيها الماء والشجر دون المصر، وهي تمنع صغار السباع عن أنفسها في البادية ولا تقدر على منع الناس في المصر. والشاة تؤكل في البادية؛ لأن الذئب يأكلها وهو لا يأكلها في المصر، فاختلف معناهما في البادية والمصر، فاختلف حكمهما، ومن أصحابنا من حمل جواز أخذها على تسليمها إلى الإمام وحمل المنع من أخذها على سبيل التملك.

فصل: فإذا قلنا إن حكم البادية والمصر سواء فله أخذ الغنم وأكلها وليس يتعرض للإبل إلا أن يعرف مالكها، وإذا قلنا إن حكم المصر يخالف البادية للمعنى الذي ذكرنا، فله أخذ الإبل والغنم جميعاً، ويكونان لقطة يلزم تعريفها حولاً، فإن تطوع الواجد بالإنفاق عليها لم يرجع بما ينفق، وإن أبى أن يتطوع بها أتى الحاكم حتى يجتهد الحاكم رأيه في الأحظ لصاحبها في أحد ثلاثة أمور؛ إما أن يرى الاقتراض على صاحبها في الإنفاق عليها، أو يرى بيعها لصاحبها ليكفي مؤنة النفقة عليها، أو يرسلها في الحمى إن كان لضوال المسلمين حمى، ثم يقوم الواجد على تعريفها إلا أن يدفعها إلى الإمام رافعاً ليده عنها فيسقط عنه حكم تعريفها وإلا فما كان مقيماً على التقاطها فتعريفها حولاً واجب عليه، فإن جاء صاحبها سلمت إليه إن كانت باقية بعد أن يدفع النفقة إن كان بأمر الحاكم، وإن بيعت سلم إليه ثمنها دون القيمة إن باعها حاكم أو

---

(١) انظر هامش الأم (٣/ ١٣٠).

(٢) تقدم تخريجه.

بأمره، وإن كان الواجد هو البائع لها فلصاحبها قيمتها دون الثمن لفساد بيعه إلا أن يقدر على استئذان حاكم، فيجوز بيعه، وإن لم يأت صاحبها بعد الحول فهل لواجدها أن يتملكها؟ على ثلاثة أوجه حكاها ابن أبي هريرة:

أحدها: يجوز له أن يتملكها اعتباراً بحكم اللقطة.

والثاني: لا يجوز له أن يتملكها لقوله ﷺ: «ضالة المؤمن حرق النار».

والثالث: إن كان قد أنفق عليها جاز له أن يتملكها وإن لم ينفق عليها لم يجز أن يتملكها ليكون ذلك أحث على الإنفاق وأرفق بالفريقين.

فصل: إذا ترك الرجل الدابة أو البعير حسراً في الصحراء لعجزه عن السير وعجز المالك عن حمله أو المقام عليه، فمرّ به رجل فأحياه بمقامه عليه ومراعاته حتى عاد إلى حاله في السير والعمل فقد اختلف الفقهاء في حكمه. فحكي عن الليث بن سعد والحسن بن صالح أنه يكون لآخذه ومحييه دون تاركه، إلا أن يكون تاركه تركه ليعود إليه فيكون التارك أحق به. وقال أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه: إن آخذه المحيي له أحق من تاركه بكل حال سواء تركه ليعود إليه أم لا.

وقال مالك: هو على ملك تاركه دون آخذه، لكن لآخذه الرجوع بما أنفق، ومذهب الشافعي رضي الله عنه أنه على ملك تاركه وليس لواجده الرجوع بنفقته لقوله ﷺ: «لا يحال مال امرىء مسلم بطيب نفس منه» ولأنه لو عالج عبداً قد أشرف على الهلاك بالمرض حتى لو استنقذها مالاً من غرق أو حريق لم يملكه فكذا البهيمة.

وحكي عن الحسن البصري أن من أخرج متاعاً قد غرق من البحر فقد ملكه على صاحبه وهذا شاذ من القول مدفوع بالخبر والإجماع، ولكن لو وجد في البحر قطعة عنبر في الموضع الذي يجوز أن يوجد فيه كانت ملكاً لواجدها في البر كانت لقطة، لعلمنا بحصول اليد عليها قبله إلا أن يكون على الساحل نضب الماء عنها، فتكون ملكاً لواجدها لجواز أن يكون الماء قد ألقاها حين نضب، وهكذا لو صاد سمكة من البحر فوجد في جوفها قطعة عنبر كانت للصياد إذا كان بحراً، قد يجوز أن يوجد فيه العنبر، فأما الأنهار وما لا يكون من البحار فإنها تكون لقطة، وهكذا الياقوت والمرجان إلا أن يكون مصنوعاً أو مثقوباً فيكون لقطة، فأما اللؤلؤ فلا يكون في البحر إلا مع صدفه، فإن وجد فيه كان ملكاً لواجده وإن وجد خارجاً عن صدفه كان لقطة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وإِذْ حَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ضَوَالَّ الإِبِلِ فَمَنْ أَخَذَهَا ثُمَّ أَرْسَلَهَا ضَمِنَ».

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٠).

قال في الحاوي: وهذا قد مضى وذكرنا أن ضوال الإبل في الصحراء لا يجوز لواجدها أخذها إلا في إحدى خالتين؛ إما أن يكون الإمام قد ندبه لأخذ الضوال حفظاً لها على أربابها كما يفعله الإمام في المصالح من حفظ الأموال، وإما أن يكون الواجد عارفاً لصاحبها فيأخذها ليردها عليه من غير احتياج إلى تعريف، فيجوز حينئذٍ للواجد في هاتين الحالتين أن يأخذها. أما الحالة الأولى فما عليه إلا العمل فيما ندب إليه، وأما الحالة الثانية فمستحب لما أمر الناس به من التعاون إلا أن يقول بوجوب أخذ اللقطة إذا خيف هلاكها فيصير حينئذٍ واجباً، فإن أخذها الواجد في غير هاتين الحالتين كان متعدياً وصار لذلك ضامناً، فإن تلفت وجب غرمها عليه وإن رفع يده عنها فله في رفع يده ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يردها على مالكها فيسقط الضمان عنه، والحال الثاني أن يرسلها من يده فعليه الضمان سواء أرسلها حيث وجدها أو في غيره.

وقال مالك وأبو حنيفة: أرسلها حيث وجدها سقط الضمان عنه، ولا أدري ما يقولانه في إرسالها في غير موضع وجودها وبينا ذلك على أصلها في ضامن الوديعة بالتقصير إذا كف عنه زال عنه ضمانها.

واستدلالاً بأن ضمان الصيد على المحرم يسقط بإرساله، فكذلك ضمان الضوال بالأخذ يسقط بالإرسال، وهذا جمع مفترق واستدلالاً فاسداً، وأصل منازع؛ لأن الصيد يضمن على المحرم في حق الله تعالى، فإذا أرسله صار كعوده إلى مستحقه وليس الضوال كذلك؛ لأنها تضمن في حق آدمي فلم يكن إرسالها عود إلى مستحقها، ألا ترى أن الصيد لو كان ملكاً لآدمي فضمنه المحرم ثم أرسله سقط عنه حق الله تعالى في الجزاء ولم يسقط عنه حق الآدمي في الغرم. والحال الثالثة: أن يدفعه إلى الإمام أو الحاكم ففي سقوط الضمان عنه وجهان:

أحدهما: يسقط كعودها إلى يد النائب عن الغائب.

والوجه الثاني: أن الضمان لا يسقط لتعدي الوجد والله أعلم.

باب الجعالة

مسألة(١):

قَالَ: وَلَا جُعِلَ لِمَنْ جَاءَ بِآبِقٍ وَلَا ضَالَّةٍ أَنْ يَجْعَلَ لَهُ وَسَوَاءٌ مَنْ عَرِفَ بِطَلَبِ الضَّوَالِّ وَمَنْ لَا يَعْرُفُ بِهِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال وليس يخلو من رداً آبقاً أو ضالة من أحد أمرين:

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٠).

إما أن يردها بأمر مالكها أو بغير أمره فإن رد ذلك بغير أمر المالك فقد كان ضامناً باليد وسقط عنه الضمان بالرد ولا أجرة له سواء كان معروفاً بطلب الضوال ومن لا يعرف. وقال مالك إن كان معروفاً بطلب الضوال فله أجرة المثل في العبد والبهيمة وإن كان غير معروف بذلك فلا شيء له.

وقال أبو حنيفة إن كان المردود عبداً أو أمة فله إن رد من مسافة ثلاثة أيام فصاعداً أربعون درهماً وإن رده من أقل من مسافة ثلاثة أيام فله أجرة المثل ولا شيء له في رد البهيمة وسواء كان برد الضوال معروفاً أو غير معروف استدلالاً منهما على اختلاف مذهبيهما بما روي عن النبي ﷺ أنه جعل لمن رد آبقاً من خارج الحرم ديناراً[1]. وروى أصحاب أبي حنيفة تارة موقوفاً على ابن مسعود وتارة هكذا عن النبي ﷺ أنه قال: «من رد آبقاً فله أربعون درهماً»[2]. وروي أن رجلاً رد ضالة لرجل فقال الناس لقد حاز أجزاً عظيماً. فقال ابن مسعود: وله مع ذلك أربعون درهماً وكان من مسيرة ثلاثة أيام. وروي عن عمر وعلي رضوان الله عليهما أنهما قالا: من رَد آبقاً فله عشرة دراهم، وليس لهم في الصحابة مخالف، فصار ذلك منهما إجماعاً على استحقاق الجعل؛ قالوا: ولأنه حكم موضوع على ما أدى إلى حفظها ورفق أربابها فيها فلو منع الراد لها من جعل يستحقه عليها لامتنع الناس من ردها ولأدى ذلك إلى تلفها ولحوق المشقة الغالبة في طلبها.

ودليلنا عموم قوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه منه» ولأن المنافع كالأعيان بل أضعف فلما كان لو استهلك أعياناً في رد ضالة من طعام أو علف لم يستحق به عوضاً فإذا استهلك منافع نفسه، فالأولى أن لا يستحق بها عوضاً.

وتحريره قياساً أن ما تطوع باستهلاكه في الضوال لم يرجع بعوضه كالأعيان ولأنه لو أوصل المالك إلى ملكه لم يستحق به عوضاً فكذلك إذا أوصل الملك إلى مالكه لم يستحق به عوضاً لتطوعه في كلا الحالين وتحريره أنه جمع بين المالك وملكه تطوعاً فوجب أن لا يستحق به عوضاً كما لو أوصل المالك إلى ملكه. والدليل على مالك خاصة أن من تطوع باصطناع معروف لم يستحق به جعلاً كغير المعروف، ومن الدليل على أبي حنيفة خاصة أن استحقاق الجعل على رد العبد لا يخلو من أن يكون لكونه ملكاً أو لكونه آدمياً فإن كان لكونه ملكاً بطل استحقاقه وذلك لكونه ملكاً؛ لأنه لو رد بهيمة أو لقطة لم يستحق شيئاً، ولم يجز أن يستحق ذلك لكونه آدمياً؛ لأنه لو رد صبياً قد ضاع لم يستحق شيئاً فبطل بهذين أن يستحق في رد العبد شيئاً. قال: أما الجواب عما رواه عن النبي ﷺ أو ذكروه من إجماع الصحابة رضي الله عنهم فقد قال أحمد بن حنبل: لم يصح عن

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢١٢٣).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢١٢٤).

النبي ﷺ ولا عن الصحابة شيء منه. ولو صح لكان محمولاً على أحد وجهين إما على اشتراط ذلك لمن جاء به خاصة قبل المجيء ليصير مستحقاً للجعل بالشرط، وأما لتقرير بأجرة المثل في الجعالة لافاسدة وأما ما ذكروه من الإرفاق والمصلحة فمنتقض بالطعام والعلف.

فصل: فأما رد الضالة عن أمر مالكها فضربان:

أحدهما: أن يجعل له عند الأمر بردها عوضاً، فذلك مستحق فإن كان عوضاً معلوماً وعقداً صحيحاً استحقه، وإن كان عوضاً مجهولاً وعقداً فاسداً استحق أجرة المثل قال الله تعالى: ﴿قَالُوا۟ نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾﴾ [يُوسُف: ٧٢] وكان حمل البعير عندهم معلوماً كالوسق. والضرب الثاني أن لا يذكر مع الأمر بالرد عوضاً لا صحيحاً ولا فاسداً، بل قال له فلان: جئني بعبدي الآبق فقد اختلف أصحابنا هل يستحق عليه أجرة مثله بمجرد الأمر أم لا؟ على أربعة أوجه:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أنه لا أجرة له سواء كان معروفاً بأخذ الأجرة على ذلك أو لا لتردد الأمرين بين احتمال تطوع واستعجال.

والثاني: وهو مذهب المزني له أجرة المثل سواء كان معروفاً بذلك أو غير معروف لاستهلاك منافعه بأخذه.

والثالث: وهو مذهب ابن سريج إنه كان معروفاً بذلك فله أجرة المثل وإن كان غير معروف فلا أجرة له اعتباراً.

والرابع: وهو مذهب أبي إسحاق المروزي أنه إن ابتدأه مالك العبد بالأمر فعليه أجرة المثل وإن استئذنه الجاني بالضالة فأذن له فلا أجرة له اقتصاراً على حكم أسبق الحالين.

فصل: فلو اختلف مالك الضالة ومن ردها في الإذن فقال المالك: ردتها بغير إذن فأنت متطوع بغير أجر، وقال في ردها: بل ردتها عن أمرك بأجر فالقول قول المالك مع يمينه لبراءة ذمته، ولو اتفقنا على الإذن بالأجر في عين العبد المأذون برده وقد ردّ عليه عبده سالماً وادعى الآخر نفيه، فقال المالك: بل فعلت ذلك في عبدي غانم، فالقول قول المالك مع يمينه ولا أجرة عليه؛ لأنه ينكر الإذن فيه وإن اعترف به في غيره.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَالَ لِرَجُلٍ إِنْ جِئْتَنِي بِعَبْدِي فَلَكَ كَذَا وَلآخَرَ مِثْلَ ذَلِكَ وَلِثَالِثٍ مِثْلَ ذَلِكَ فَجَاؤُوا بِهِ جَمِيعاً فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُ مَا جَعَلَهُ لَهُ اتَّفَقَتْ

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٠، ١٣١).

الأَجْعَالُ أَوْ اخْتَلَفَتْ».

قال في الحاوي: أما الجعالة فمن العقود الجائزة دون اللازمة، لما قدمناه من قوله عز وجل، ولمن جاء به. حمل بغير وأنا به زعيم، وهي تفارق الإجارة من ثلاثة أوجه:

أحدها: جواز عقدها على عمل مجهول كقوله: «من جاء بعبدي الآبق فله دينار» وإن كان العبد مجهول المكان وفساد مثل ذلك في الإجارة.

والثاني: أن الجعالة غير لازمة والإجارة لازمة.

والثالث: أنها تصح من غير معين كقوله: «من جاءني بعبدي الآبق فله دينار» وإن لم يعين الجائي به، فأي الناس جاء به فله الدينار، والإجارة لا تصح إلا مع من يتعين العقد عليه، وإنما فارقت الإجارة من هذه الوجوه الثلاثة لأنها موضوعة على التعاون والإرفاق فكانت شروطها أخف وحكمها أضعف.

فصل: فلو قال: من جاءني بعبدي الآبق فله دينار، فأي الناس جاء به استحق الدينار من رجل أو امرأة، حر أو عبد، مسلم أو كافر، صغيراً أو كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً، إذا كان قد سمع النداء أو علم به لدخولهم في عموم قوله: «من جاءني» فلو جاء العبد بنفسه عند علمه بهذا القول من سيده لم يستحق عليه شيئاً؛ لأن الجعل عليه لا له فلو جاء به من لم يسمع النداء ولا علم به كان متطوعاً بحمله على حكم الأصل فلو علم بالنداء بعد المجيء به وقبل دفعه إلى سيده استحق الدينار؛ لأن السامع للنداء لو جاء به من أقرب المواضع أو أبعدها استحقه، فكذلك فلو أنفق عليه الجائي به في طعامه وشرابه كان متطوعاً بالنفقة، وليس له غير الدينار، فلو جاء بالعبد وهو مريض أو في قبضة حياته استحق الدينار؛ لأنه مبذول على حمله فلو اختلف العبد وحامله، فقال العبد: جئت بنفسي، وقال حامله: بل أنا جئت به، رجع إلى تصديق السيد، فإن صدق الحامل لم يعتبر إنكار العبد واستحق الدينار، وإن صدق العبد حلف السيد، دون العبد، ولا شيء عليه، ولو اختلف السيد وحامل العبد فقال السيد: فلما لم تسمع النداء فلا شيء لك، وقال الحامل: بل سمعته وعلمت به فلي الدينار، فالقول قول الحامل، وله الدينار؛ لأن علمه بالشيء يرجع فيه إليه لا إلى غيره، فلو قال سيد العبد من جاءني بعبدي من سامعي ندائي هذا فله دينار، فجاء به من علم بندائه ولم يسمعه لم يستحق شيئاً، ولو قال الجائي به، سمعت النداء وقال السيد: لم تسمعه فالقول قول الجائي به أيضاً.

فصل: فلو أمر السيد عبده فنادى: من جاء بعبدي فلان فله دينار كان نداء المنادي كنداء السيد في وجوب الدينار عليه لحامل عبده فلو أنكر السيد أمر المنادي بذلك فالقول قوله مع يمينه ثم ينظر في المنادي فإن قال في ندائه إن فلاناً قال من جاءني بعبدي فله دينار فلا شيء على المنادي؛ لأنه جاهل وإن كان قد قال من جاء بعبدي فلان فله دينار فعلى المنادي دفع الدينار لأنه لا فرق بين أن ينزل ذلك من مال نفسه أو من مال غيره إلا

أن يكون الجائي بالعبد. قد صدق المنادي على أمر السيد له فلا يرجع على المنادي بشيء.

فصل: فلو قال السيد: من جاءني بعبدي الآبق فله دينار فجاء به نفسان كان الدينار بينهما لحصول المجيء بهما، ولو جاء به عشرة كان الدينار بينهم بالسوية سواء اتفقت أجورهم أو اختلفت لاستوائهم في المجيء به، فلو قال: يا زيد إن جئتني بعبدي فلك دينار، فجاء به غيره لم يستحق الدينار، ولو جاء به زيد وعمرو، نظر في عمرو، فإن قال: جئت به معيناً لزيد فلزيد جميع الدينار ولا شيء لعمرو؛ لأن لزيد أن يستعين في حمله بمن شاء، وإن قال عمرو: جئت به لنفسي طلباً لأجرته فلزيد نصف الدينار؛ لأن له نصف العمل ولا شيء لعمرو، لأنه لم يبذل له على عمله شيء، فلو اختلف زيد وعمرو فقال زيد: جئت به معيناً لي، وقال عمرو: بل جئت به مستعجلاً لنفسي رجع إلى السيد، فإن صدق زيداً استحق الدينار كله، وإن صدق عمراً حلف السيد دون عمرو، لأنه الغارم وليس عليه إلا نصف الدينار.

فصل: فلو قال: يا زيد إن جئتني بعبدي فلك دينار، ويا عمرو إن جئتني بعبدي فلك خمسة دنانير، ويا بكر إن جئتني به فلك عشرة دنانير، فإن جاء به غيرهم فلا شيء له، وإن جاء به أحدهم فله ما جعل له، فإن جاؤوا به جميعاً فلكل واحد منهم ثلث ما جعل له؛ لأن لكل واحد منهم ثلث العمل فيكون لزيد ثلث الدينار، ويكون لعموم ثلث الخمسة، ويكون لبكر ثلث العشرة، فلو قال زيد وعمرو: أعاننا بكر في حمله فله كل العشرة، فقولهم في ذلك مقبول؛ لأن لهما أن يتركا العمل لأنفسهما ويتطوعا به لغيرهما.

فصل: وإذا قال: ما جاءني بعبدي فله دينار ثم رجع عن ذلك، فعليه إعلان الإذن فمن جاء به فله الدينار، وإن أعلنه فلا شيء لمن جاء به بعد إعلان الإذن، سواء علم برجوعه أو لم يعلم، إذا كان قد شرع في المجيء به؛ لأن إعلام كل الناس برجوعه متعذر فلم يلزمه في الرجوع أكثر من الإعلان والإشاعة. ولو كان هذا الجائي به شرع في حمله قبل الرجوع فله الدينار ما لم يعلم بالرجوع فأما إن قال: يا زيد إن جئتني بعبدي فلك دينار ثم رجع السيد فعليه إعلام زيد برجوعه ما لم يشرع في حمله فإن لم يعلم فهو على حقه سواء أعلن السيد الرجوع أو لم يعلنه لأن إعلام زيد بالرجوع غير متعذر فلو شرع زيد في حمله ثم أعلمه السيد برجوعه قيل للسيد: أنت بالخيار بين أن تمكنه من المجيء به فيستحق كل الدينار أو تبذل له أجرة مثل ما فوته من عمله؛ لأنه وإن كان غير لازم لك فليس لك إبطال عمله عليه كالمضاربة إذا رجع فيها رب المال بعد عمل العامل لزمه تمكين العامل من بيع ما اشتراه لئلا يفوت عليه عمله بالرجوع وإن كان العقد غير لازم.

فصل: ولو جاء زيد بالعبد وقد مات السيد كان له الدينار في تركته إذا وصل العبد إلى ورثته ولو مات زيد قبل وصول العبد إلى سيده فإن تمم وارث زيد حمل العبد إلى

سيده فله من الدينار المستحق بقسط عمل زيد منه؛ لأن عمله لم يفت ولا شيء للوارث منه لقسط عمل نفسه لأن ما لم يلزم من العقود يبطل بالموت فلم يقم عمل الوارث مقام عمل الموروث وإن لم يأت الوارث بالعبد فالصحيح أنه لا شيء لوارث زيد فيما عمله من حمل العبد؛ لأن زيد لو كان حياً فلم يتمم حمله لم يستحق شيئاً. وقال بعض أصحابنا يلزم السيد من الدينار بقسط عمل زيد في حمله لئلا يبطل عمله بخلاف الحر الذي باختياره فات عليه عمله، وهذا التعليل غير صحيح؛ لأن زيد لو كان على حمله فهرب العبد منه لم يستحق لما في عمله شيئاً وإن لم يختر تفويت العمل عليه، فلو مات العبد قبل وصوله إلى بلده فلا شيء له في حمله ولا ضمان عليه في موته، وهكذا لو مات بعد وصوله إلى بلده وقبل حصوله في يد سيده وهذا يوضع فساد ذلك التعليل.

فصل: ولو قال وهو بالبصرة: يا زيد إن جئتني بعبدي من بغداد فلك دينار فجاء به منها استحق، ولو جاء به من أبعد منها كالموصل لم يستحق أكثر من الدينار، ولو جاء به من أقل منها نحو واسط استحق من الدينار بقسطه؛ لأن بعض العمل الذي جعل له الدينار في مقابلته.

فصل: ولو قال: إن من جاءني بعبدي فله دينار، ثم قال بعده: من جاءني بعبدي فله عشرة دنانير، كان الآخر من قوليه هو المعمول عليه، ويكون لمن جاء به عشرة دنانير، وبعكس من قال: من جاءني فله عشرة، ثم قال: من جاءني به فله دينار كان للجائي به دينار واحد والله أعلم بالصواب.

باب التقاط المنبوذ يوجد معه الشيء

قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِيمَا وَضَعَ بِخَطِّهِ: مَا وُجِدَ تَحْتَ المَنْبُوذِ مِنْ شَيءٍ مَدْفُونٍ مِنْ ضَرْبِ الإِسْلَامِ أَوْ كَانَ قَرِيباً مِنْهُ فَهُوَ لُقَطَةٌ أَوْ كَانَتْ دَابَّةٌ فَهِيَ ضَالَّةٌ فَإِنْ وُجِدَ عَلَى دَابَّتِهِ أَوْ عَلَى فِرَاشِهِ أَوْ عَلَى ثَوْبِهِ مَالٌ فَهُوَ لَهُ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، أما المنبوذ فهو الطفل يلقى: لأن النبذ في كلامهم الإلقاء وسمي لقيطاً لالتقاط واجده له، وقد تفعل المرأة ذلك بولدها لأمور؛ منها: أن تأتي به من فاحشة فتخاف العار، فتلقيه، أو تأتي به من زوج فتضعف عن القيام به فتلقيه رجاء أن يأخذه من يقوم به، أو تموت الأم فيبقى ضائعاً فيصير فرض كفاية والقيام بتربيته على كافة من علم بحاله حتى يقوم بكفالته منهم من فيه كفاية، كالجماعة إذا رأوا غريقاً يهلك أو من ظفر به سبع فعليهم خلاصه واستنفاذه لقوله عز وجل: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢] وفيه تأويلان: **أحدهما**: أن على جميع الناس شكره حتى كأنه قد أحياهم.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣١).

والثاني: أنه قد ناب عن جميع الناس في إحيائه.

ولقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] ولقوله تعالى: ﴿وَافْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧] فدلت هذه الآية على الندب على أخذه والتوصل إلى حراسة نفسه وقد قال تعالى في قصة موسى ﷺ: ﴿فَالْتَقَطَهُ آلُ فِرْعَوْنَ﴾ [القصص: ٨] طلباً لحفظ نفسه ورغبة في ثوابه.

وروي أن منبوذاً وجد على عهد عمر رضي الله عنه فاستأجر له امرأة تكفله واستشار الصحابة في النفقة فأشاروا أن ينفق عليه من بيت المال(١). وروى الزهري عن أبي جميلة أنه قال: أخذت منبوذاً على عهد عمر رضي الله عنه فذكره عريفي لعمر فأرسل إليّ فدعاني والعريف عنده قال عسى الغوير أبؤساً، فقال عريفي إنه لا يفهم فقال عمر: ما حملك على ما صنعت؟ فقلت: وجدت نفساً مضيعة فأحببت أن يأجرني الله عز وجل فيها. قال: هو حر وولاؤه لك وعلينا رضاعه(٢).

فصل: فإذا وجد الرجل لقيطاً فلا يخلو أن يجد معه مالاً أو لا يجد، فإن لم يجد معه مالاً تطوع بأخذه والنفقة عليه، وإن أبى أن ينفق عليه تطوعاً إما لعجز أو شح رفع أمره إلى الحاكم على ما ذكره وإن وجد معه مالاً؛ لأنه ربما فعل ذلك ليكون باعثاً على أخذه والقيام بتربيته، فذلك المال ملك له؛ لأنه لا يمتنع وإن كان طفلاً أن يكون ملكاً بميراث أو وصية؛ وإنما بحكم يملكه فيما كان بيده؛ لأن له يد توجب الملك كالكبير الذي ينسب إليه ويجري عليه حكم ملكه كلما كان عليه من ثياب أو حلي، أو كان تحته من فراش أو حصير، أو كان في يده من دراهم أو عنان فرس، أو كان راكباً له من بعير أو فرس، فكل ذلك منسوب إلى يده كالكبير ومحكوم له به في ملكه.

فصل: فما وجد منفصلاً عنه فضربان:

أحدهما: أن يبعد عنه كالفرس المربوط على بعد أو كيس من دراهم أو ثوب فذلك غير منسوب إلى يده كما لا ينسب إلى يد الكبير ويكون لقطة.

والثاني: أن يكون ذلك قريباً منه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الموضع آهلاً كبير المارة فهذا يكون لقطة أيضاً.

والثاني: أن يكون الموضع منقطعاً قليل المارة ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي والظاهر من كلام الشافعي أن يكون لقطة كالكبير الذي لا يملك ما يقاربه من المال إذا لم يكن له عليه يد.

---

(١) قال ابن حجر في التلخيص (٣/ ١٦٩): «كذا أورده الماوردي في «الحاوي» والشيخ في «المهذب» ولم نقف له على أصل».

(٢) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٣٨)، والشافعي في «المسند» (٤٥٦)، وعبد الرزاق (١٦١٨٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢١٣٣، ١٢١٣٤).

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يكون ملكاً للقيط اعتباراً بالظاهر من حاله، وفرق بينه وبين الكبير بأن الكبير يقدر على إمساك ما يقاربه من مال أو فرس، فإذا لم يفعل ارتفعت يده فزال الملك، والصغير يضعف عن إمساك ما يقاربه فجاز أن ينتسب إلى ملكه، وأنه في حكم ما في يده.

فصل: فأما ماتحته من مال فضربان: مدفون وغير مدفون، فإن كان مدفوناً فليس بملك للقيط؛ لأن الكبير لو كان جالساً على أرض تحتها دفين لم يحكم له بملكه، لم ينظر، فإن كان من ضرب الإسلام فهو لقطة، وإن كان من ضرب الجاهلية فهو ركاز يملكه الواجد وعليه خمسة وإن كان غير مدفون فضربان:

أحدهما: أن يكون فوق بساطه وتحت جسده فهذا ملك للقيط لكونه في يده وتحت جسده فهذا ملك للقيط لكون في يده.

والثاني: أن يكون تحت بساطه ففيه وجهان:

أحدهما: أن يكون ملكاً له كالبساط إذا كان تحته يكون ملكه.

والثاني: لا يكون ملكه ويكون لقطة بخلاف البساط؛ لأن الدراهم لم تجر العادة أن تكون مبسوطة على الأرض تحت مالكها وجرت عادة البساط أن يبسط على الأرض تحت مالكه.

فصل: وأما الموضع الذي هو منبوذ فيه، فإن كان مواتاً أو مسجداً أو طريقاً مائلاً، فهو على حاله، وإن كان ملكاً فضربان:

أحدهما: ما جرت العادة بسكناه كالدور فيكون ذلك له إذا لم يكن غيره فيها كالكبير يملك ما هو فيها من دار.

والثاني: أن يكون ما لم تجر العادة بسكناه كالبساتين والضياع فعلى وجهين:

أحدهما: يحكم بأنه ملكه ما لم يكن لغيره عليه يد كالدور.

والثاني: لا يحكم له بذلك بخلاف الدار؛ لأن سكنى الدار تصرف وليس الحصول في البساتين سكنى ولا تصرف.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ مُلْتَقِطُهُ غَيْرَ ثِقَةٍ نَزَعَهُ الحَاكِمُ مِنْهُ وَإِنْ كَانَ ثِقَةً وَجَبَ أَنْ يَشْهَدَ بِمَا وُجِدَ لَهُ وَأَنَّهُ مَنْبُوذٌ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال إذا كان ملتقط المنبوذ غير مأمون عليه خوفاً من استرقاقه ولا على ماله خوفاً على استهلاكه نزعه الحاكم من يده لأمرين:

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣١).

أحدهما: أن غير المأمون ليس من أهل الولايات.

والثاني: أنه لا حظ للمنبوذ في تركه تحت يده.

فإن قيل: أفليس لو كان واجد اللقطة غير مأمون عليها أقرت في يده على أحد القولين فهلا كان اللقيط كذلك؟ قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن اللقطة اكتساب فجاز أن يستوي فيها الأمين وغيره والتقاط المنبوذ ولاية فاختلف فيه الأمين وغيره.

والثاني: ما يخاف على المنبوذ من استرقاقه وإضاعته أغلظ مما يخاف على المال من استهلاكه وتلفه؛ لأن للمال بدل وليس للحرية بدل.

فصل: فإذا تقرر ما وصفناه لم يخل حال ملتقط المنبوذ من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون مأموناً عليه وعلى ماله فيقران معاً في يده، وهل يكون للحاكم عليه نظر أم لا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي الطبري لا نظر عليه لا اجتهاد له فيما إليه كما أنه لا نظر في اللقطة على واجدها إذا كان أميناً.

والثاني: وهو قول أبي علي بن خيران أن للحاكم عليه في المنبوذ نظر وله في كفالته اجتهاد لأنه الوالي على الأطفال وخالف حال اللقطة لأنها كسب وهكذا اختلف أصحابنا هل يكون الملتقط خصماً فيما نوزع فيه المنبوذ من أمواله أم لا على وجهين:

أحدهما: يكون خصماً فيه نيابة عن المنبوذ لمكان نظره عليه.

والثاني: لا يكون خصماً إلا بإذن الحاكم.

والقسم الثاني: أن يكون الملتقط غير أمين عليه فواجب على الحاكم انتزاعها من يده ويرتضي له من يقوم بكفالته وحفظ ماله.

والقسم الثالث: أن يكون أميناً عليه فلا يخاف من استرقاقه له لكنه غير أمين على ماله خوفاً من استهلاكه له فهذا يقر المنبوذ في يده وينتزع المال منه لأنه قد صار له بالتقاطه حق في كفالته فما لم يخرج عن حد الأمانة فيه كان مقراً معه وليس تراعي فيه العدالة فيكون جرحه في شيء جرحاً في كل شيء وإنما يراعى فيه الأمانة وقد يكون أميناً في شيء وإن كان غير مؤتمن في غيره فإن قيل فهلا كان المال الذي ليس بمؤتمن عليه لأنهما في يده على أحد القولين كاللقطة لأنها جميعاً مال بخلاف المنبوذ قلنا لأن مال اللقطة كسب الملتقط وليس مال المنبوذ كسباً للملتقط.

والقسم الرابع: أن يكون أميناً على ماله غير أمين على نفسه ما من استرقاقه وأما لأنها ذات فرج لا يؤمن غيره فينتزع المنبوذ منه وفي إقرار المال معه وجهان:

أحدهما: يقر معه وإن نزع المنبوذ منه. كما يقر المنبوذ معه وإن نزع المال منه.

والثاني: ينتزع المال منه مع المنبوذ لأن ماله تبع له والفرق بين المنبوذ وبين ماله أن لملتقط المنبوذ حق في كفالته وليس له حق في حفظ ماله وإنما الحق عليه في المال وله الكفالة فافترقا.

فصل: ثم الحاكم مندوب إلى الإشهاد على من أخذ المنبوذ وماله في يده كما كان مندوباً إلى الإشهاد على من أخذ المنبوذ ماله في يد ملتقط المال فإن كان القيم بكفالة المنبوذ وحفظ ماله غير الملتقط له التسليم الحاكم له إلى من ارتضاه لأمانته عند حياة ملتقطه فالإشهاد عليه مستحب وليس بواجب لأن تسليم الحاكم إليه ذلك حكم يغني عن الإشهاد فإن كان هو الملتقط ففيه وفي اللقطة ثلاثة أوجه مضيا.

أحدها: أن الإشهاد واجب في اللقطة والمنبوذ.

والثاني: أنه غير واجب فيهما جميعاً.

والثالث: أنه واجب في المنبوذ وغير واجب في اللقطة لما ذكرنا من الفرق بينهما.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَيَأْمُرُهُ بِالإِنْفَاقِ مِنْهُ عَلَيْهِ بِالمَعْرُوفِ وَمَا أَخَذَ ثَمَنَهُ المُلْتَقِطُ وَأَنْفَقَ مِنْهُ بِغَيْرِ أَمْرِ الحَاكِمِ فَهُوَ ضَامِنٌ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال. إذا وجد مع اللقيط مال كانت نفقته في ماله كما يجب نفقة الطفل إذا كان له مال في ماله دون مال أبيه فإن تطوع الملتقط وأنفق عليه من مال نفسه كان محسناً كالأب بالإنفاق على ولده الغني وإن أراد الملتقط أن ينفق عليه من ماله لزمه استئذان الحاكم فيه سواء قيل إن للحاكم عليه نظر في اللقيط أو ليس له لأن للحاكم نظراً في ماله لا يختلف فيه فإن أنفق بغير إذن لم يخل ماله من أحد أمرين: إماأن يكون قادراً على استئذانه أو غير قادر فإن كان قادراً على استئذانه كان ضامناً لما أنفق قصداً أو سرفاً لأن الحاكم هو الوالي على المال دونه وصار ذلك وإن وصل إلى مالكه كمن أخذ علف رجل أعده لدابته فأطعمها إياه ضمنها له وإن وصل إليه وإن لم يقدر على استئذان الحاكم ففي ضمانه وجهان.

كالجمال إذا هرب من مستأجره فاكترى لنفسه عند إعواز حاكم ليستأذنه أحد الوجهين أن يسترجع المستأجر ولا يضمن الملتقط لضرورتها والثاني لا يرجع المستأجر ويضمن الملتقط لأن لا يكونا حاكم أنفسهما ومن أصحابنا من فرق بين حرب الجمال وبين ملتقط المنبوذ فجعل للمستأجر أن يرجع الملتقط ضامناً لأن المستأجر مضطر إلى استيفاء حقه وليس الملتقط مضطر إلى التقاطه وهذا الوجه له لأنه ربما وجده ضائعاً في

(١) انظر الأم (٣/ ١٣١).

مهلكة فلزمه أخذه لنفسه.

فصل: فإن استأذن الحاكم فهل يأذن له في النفقة عليه بنفسه من يده أو يتولاه غيره من أمنائه على قولين:

أحدهما: وهو الأصح: أنه يأذن له في النفقة عليه إذا كان أميناً أما بتقدير مثاله فإن زاد على القدر من غير حاجة ضمن وإما بأن رد ذلك إلى اجتهاده فما ادعاه فيها عن قصد قبل منه وما تجاوز القصد لم يقبل منه لأنه متعد به وإن كان محقاً فيه.

والثاني: أنه يؤخذ من الملتقط من مال المنبوذ القدر الذي يتصرف في نققته حتى يتولى ذلك غيره من أمناء الحاكم لما فيه من فضل الاحتياط له ثم فيه وجهان:

أحدهما: أن الأمين يتولى شراء ما يحتاج إليه المنبوذ من طعام وكسوة ثم يدفعه إلى الملتقط حتى يطعمه ويكسوه لأنه أحوط.

والثاني: أنه يدفع قدر النفقة إلى الملتقط ليتولى شراء ذلك بنفسه لما له حق الولاية عليه.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَهُ مَالٌ وَجَبَ عَلَى الحَاكِمِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِ اللَّهِ تَعَالَى فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ حَرُمَ تَضْيِيعُهُ عَلَى مَنْ عَرَفَهُ حَتَّى يُقَامَ بِكَفَالَتِهِ فَيَخْرُجَ مَنْ بَقِيَ مِنَ المَأْثَمِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، إذا الملتقط المنبوذ فقيراً لا مال له ولم يتطوع أحد بالنفقة عليه وجب على الإمام الأعظم أو من ينوب عنه من والٍ وحاكم أن يقوم بنفقته؛ لأنها نفس يجب حراستها ويحرم إضاعتها ومن أين ينفق الإمام عليه فيه قولان:

أحدهما: وهو الأصح: من بيت المال لأنه رصد للمصالح وهذا منها. وقد روي عن عمر بن الخطاب رضوان الله عليه أنه قال: لئن أصاب الناس سنة لأنفقن عليهم من مال الله حتى لا أجد درهماً فإذا لم أجد درهماً ألزمت كل رجل رجلاً. وقد استشار عمر رضي الله عنه الصحابة رضي الله عنهم في النفقة على اللقيط فقالوا: من بيت المال فعلى هذا القول لا رجوع بما أنفق عليه من بيت المال على اختلاف ما يظهر من أحواله لوجوبها فيه.

والثاني: أنها لا تجب في بيت المال لأنه قد يجوز أن يكون عبداً فتجب على سيده أو حراً له أب غني فتجب على أبيه وبيت المال لا يلزم فيه إلا ما لا وجه له سواه فعلى هذا يجب على الإمام أن يفترض له ما ينفق عليه أما من بيت المال أو من أحد من

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣١، ١٣٢).

المسلمين فإن لم يكن في بيت المال ولم ينفرد أحد من المسلمين به وجب عليه أن يخص نفسه ومن حضره من ذوي المكنة وجعلها مقسطة عليهم على عددهم جبراً ولا يخص بالإجبار عليها واحداً. قال الشافعي: فإن لم يفعل حرم تضييعه على من عرفه حتى يقام بكفالته، لأن ذلك من فروض الكفايات ثم ينظر فإن بان عبداً رجع بها على سيده وإن بان له أب غني أخذها من أبيه فإن بلغ ولا أب له ولا سيد فإن علمه مكتسباً رجع عليه في كسبه وإن كان غير مكتسب فهو من جملة أهل الصدقات فيقضى ذلك عنه من أي المالين يراه فيها من سهم الفقراء أو المساكين أو من سهم الغارمين والله أعلم.

مسألة(1):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَمَرَهُ الحَاكِمُ أَنْ يَسْتَلِفَ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ يَكُونُ عَلَيْهِ دَيْناً فَمَا ادَّعَى قُبِلَ مِنْهُ إِذَا كَانَ مِثْلُهُ قَصْداً. قَالَ المُزَنِيُّ: لَا يَجُوزُ قَوْلُ أَحَدٍ فِيمَا يَتَمَلَّكُهُ عَلَى أَحَدٍ لأَنَّهُ دَعْوَى وَلَيْسَ كَالأَمِينِ يَقُولُ فَيَبْرَأُ».

قال في الحاوي: وصورتها في لقيط فقير أمر الحاكم ملتقطه أن يستقرض ما ينفقه عليه فذلك ضربان:

أحدهما: أن يأمره أن يستقرض عليه من غيره فهذا جائز ولا يأخذ القرض جملة ولكن يستقرض له في كل يوم أو أكثر في كل أسبوع قدر حاجته إليه ويقبل قول الملتقط في إنفاقه عليه لأنه لا يستغني عن غذاء في كل يوم فإذا مرت به الأيام على سلامة وهو فيها نامي الجسد مستقيم الأحوال كان الأظهر من حاله وصول النفقة إليه.

والثاني: أن يأمره أن يستقرض من نفسه فهل يجوز له أن يتولى إنفاقه عليه بنفسه أم لا على قولين:

أحدهما: وهو نصه ها هنا: يجوز لكونه أميناً وما ادعاه من شيء يكون مثله قصداً قبل منه.

والثاني: واختاره المزني أنه لا يجوز حتى يأخذها من غيره من الأمناء فينفقها عليه، لأنه لا يقبل قول أحد فيما يدعيه ديناً على غيره.

مسألة(2):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ وَجَدَهُ رَجُلَانِ فَتَشَاحَّاهُ أَقْرَعْتُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ دَفَعْتُهُ إِلَيْنِ وَإِنْ كَانَ الآخَرُ خَيْراً لَهُ لَمْ يَكُنْ مُقَصِّراً عَمَّا فِيهِ مَصْلَحَتُهُ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا اشترك نفسان في التقاط المنبوذ وهما من أهل

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٢).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٣٢).

الكفالة لاستوائهما في الإسلام والحرية والأمانة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يتنازعاه ويتشاحنا عليه، فمذهب الشافعي وعليه جمهور أصحابه أن الحاكم يقرع بينهما، لأنهما لما استويا ولم يكن أن يشترك بينهما كانت القرعة بينهما ليتميز بها الأحق من غير تهمة.

قال تعالى: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤] الآية ثم يتعين حق من قرع منهما في كفالته فإن أراد رفع يده عنه كان له ولم يجبر على إمساكه ويتسلمه الحاكم منه وهل يصير شريكه أولى بكفالته من غيره أم لا على وجهين:

أحدهما: هو أولى به من غيره لاختصاصه بالتقاطه وإن تقدم الآخر بالقرعة.

والثاني: أنه قد بطلت كفالته لما قرعه صاحبه وصار غيره سواء فيجتهد الحاكم فيه رأيه فهذا حكم ما ذهب إليه الشافعي من الإقراع بينهما عند التنازع وسواء كان من خرج بالقرعة أنفع له إذا لم يكن الذي خرج قرعته مقصراً أو كانا سواء، وقال أبو علي بن خيران لا قرعة بينهما عند التنازع ولكن يجتهد الحاكم فيهما رأيه فأيهما رآه أحظ له كان أولى بكفالته ولهذا القول وجه وإن خالف نص الشافعي غير أن تساويهما يمنع من تغليب أحدهما إلا بالقرعة كالبنتين إذا تعارضتا.

فصل: **والضرب الثاني**: أن لا يتنازعا ويتفقا على تسليمه لأحدهما فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يسلمه قبل استقرار يده عليه فهذا يجوز لأن المسلم له بمثابة من رآه ولم يلتقطه ويصير المستلم أولى وكأنه التقطه وحده.

والثاني: أن تستقر أيديهما جميعاً عليه حتى يصير الملقوط معهما ثم يتسلمه أحدهما ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأن الحق لهما وليس يتجاوزهما كالشقيقين إذا سلم أحدهما لصاحبه.

والثاني: لا يجوز لأن للملتقط حق الكفالة وليس له حق التسليم كما لو كان هو الواجد وحده لم يكن له تسليمه إلى غيره حتى يتولى الحاكم.

فصل: ولو التقطه رجل وامرأة كانا في كفالته سواء فيقترعان ولا تقدم المرأة كتقديم الأم على الأب في الحضانة لأن في الالتقاط ولاية إن لم يكن الرجل أحق لها لم يكن أنقص حضانة الأبوين.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُقِيماً بِالمِصْرِ وَالآخَرُ مِنْ غَيْرِ

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٢).

أَهْلِهِ دُفِعَ إِلَى المُقِيمِ».

قال في الحاوي: إذا وجد اللقيط في المصر رجلان أحدهما من أهل المصر والآخر من أهل مصر آخر وهو غريب في هذا المصر فالواجد له من أهل مصره أحق بكفالته من الغريب الذي ليس من أهله لأن قيامه في البلد الذي وجد فيه أشهر لحاله وأقرب إلى ظهور نسبه ولكن لو انفرد الغريب بالتقاطه وأراد إخراجه من البلد الذي وجد فيه إلى بلده فإن كان غير أمين أو كان الطريق غير مأمون فلا حق له في كفالته، وإن كان أميناً والطريق مأمون فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون بلده قريباً على أقل من يوم وليلة فهو مستحق لكفالته إذا تساوى البلدان أو كان بلد الملتقط أصلح فأما إن كان بلد اللقيط مصر وبلد الملتقط قرية ففيه وجهان:

أحدهما: لا حق له في كفالته لأن المصر أنفع له من القرية لما فيه من كثرة العلوم والأداب ووفور الصنائع والاكتساب.

والثاني: يستحق كفالته وإخراجه إلى قريته، لأن القرية ربما كانت أعف وكان أهلها أسلم ومعايشهم أطيب ولأن حاله في القرية أيسر منها في المصر الكبير لقلة من فيها وكثرة من في المصر وقلما يمكن أن يشعر في القرى بفاحشة تخفى وريبة تكتم.

والثاني: أن يكون بلده بعيداً وأخباره منقطعة والطارىء إليه أو منه نادر.

كمن بالعراق إذا أراد نقله إلى الشرق أو الغرب فلا حق له في كفالته لإضاعة نسبه وخفاء حاله فلو قال الغريب: أنا أستوطن بلد اللقيط قلنا: أنت حينئذ أحق بكفالته وإنما تمنع منه إذا أردت . . . . إلى بلدك.

والثالث: أن يكون بلده بعيداً على أكثر من يوم وليلة لكن أخباره متصلة والوارد منه كثير كالبصرة وبغداد ففي استحقاقه لكفالته وجهان:

أحدهما: لا حق له في كفالته، لأن حظ اللقيط في بلده أكثر وحاله فيه أشهر.

والثاني: أنه مستحق لكفالته لتساوي البلدين في التعليم والتأديب وربما كان في غير بلده أنفع فعلى هذا الوجه يتعين لحاكم بلد اللقيط أن يكتب إلى حاكم بلد الملتقط يذكر حاله وإشهار أمره.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ قَرَوِيًّا وَبَدَوِيًّا دُفِعَ إِلَى القَرَوِي لأَنَّ القَرْيَةَ خَيْرٌ لَهُ مِنَ البَادِيَةِ».

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٢).

قال في الحاوي: وهذا صحيح، وإذا التقطه رجلان: أحدهما قروي والآخر بدوي فالقروي أولى من البدوي، سواء وجداه في قرية أو بادية لأن القرية أمكن في التعليم وأبلغ في التأديب وأحسن في المنشأ وقد روى أبو حازم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من بدا جفا ومن اتبع الصيد غفل ومن اقترب من أبواب السلاطين افتتن»(١).

معنى قوله من بدا جفا أي من سكن البادية صار فيه جفاء الأعراب وقوله من اتبع السيد غفل يريد من يشتغل به وينقطع إليه تصير فيه غفلة.

فصل: فإذا انفرد البدوي بالتقاطه فعلى ضربين:

أحدهما: أن يجده في مصر أو قرية فلا حق له في كفالته، لأنه لا حظ له في نزول البادية لما ذكرناه.

والثاني: أن يجده في البادية فلا تخلو حاله من أحد أمرين:

أحدهما: أن يكون ممن يسكن حلة مقيماً فيها ولا ينتجع عنها فهو مستحق لكفالته لأن وجوده في البادية يدل على أنه من أهلها. والحال الثانية: أن يكون ممن ينتجع ولا يلزم حلة ولا يقيم في مكان ففي استحقاقه لكفالته وجهان:

أحدهما: يستحق، لأن هذا هو الأغلب من حال البادية.

والثاني: أنه لا حق له فيها، لأن مداومة النقلة وملازمة النجعة لا يشتهر بها حاله ولا يعرف معها مكانه مما يلحقه من المشقة في بدنه وتغير العادة في نقلته.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ عَبْداً أَوْ حُرًّا دُفِعَ إِلَى الحُرِّ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا اجتمع على التقاطه حر وعبد فالحر أولى بكفالته من العبد لأمرين:

أحدهما: أن العبد مولى عليه فلم يصح أن يكون والياً.

والثاني: أن العبد ممنوع من كفالته لخدمة سيده، فلو انفرد العبد بالتقاطه فإن كان بإذن سيده فالسيد هو الملتقط، لأن يد العبد يد له وهو المستحق لكفالته وإن كان بغير إذن سيده لم يجز بخلاف اللقطة في أحد القولين، لأن اللقطة كسب وهذه ولاية فلو أخذه السيد من عبده وقد التقطه بغير إذن فإن كان بعد رفعه إلى الحاكم فهو أولى، لأن يد العبد لما لم تكن مقرة لم يكن لها حكم وصار كأن السيد هو الملتقط له وهكذا حكم المدبر في التقاطه كالعبد وإما المكاتب فإن عللنا منع العبد منه بأنه من غير أهل الولاية فالمكاتب

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٣٧١، ٤٤٠)، وابن أبي شيبة (١٢/ ٣٣٦)، والطبراني في «الكبير» (١١/ ٥٧)، والبيهقي في «الكبرى» (٢٠٢٥٥)، وابن عدي في «الكامل» (١/ ٣١٢).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٣٢).

ممنوع فيه، وإن عللناه بأنه ممنوع فيه لخدمة السيد فالمكاتب مستحق لكفالته، لأنه أملك من السيد بمنافع نفسه ولو شاركه في التقاطه حر كان الحر أولى به منه على العلتين لكمال الحر ونقص المكاتب وأما الذي نصفه حر ونصفه عبد فله حالتان:

إحداهما: أن يكون غير مهايأة فهو كالعبد لا حق له في كفالته ما لم يأذن له المالك لرقه لإشراك حكمه وإن الشركة فيه مانعة عن كفالته.

والثانية: أن يكون مهايأة فلا يخلو حال التقاطه من أحد أمرين:

أحدهما: أن يلتقطه في زمان السيد فيكون فيه كالعبد لا حق له في كفالته.

والثاني: أن يلتقطه في زمان نفسه ففيه وجهان:

أحدهما: أنه مستحق لكفالته، لأنه في زمانه كالحر.

والثاني: لا حق له في كفالته لنقصه وإنه سيعود إلى المنع في غير زمانه وعلى كلى الوجهين لو شاركه الحر في التقاطه كان أحق به منه لكماله على من قصر عن حريته.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ مُسْلِماً وَنَصْرَانِيًّا فِي مِصْرٍ بِهِ أَحَدٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ وَإِنْ كَانَ الأَقَلّ دُفِعَ إِلَى الْمُسْلِمِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا اشترك في التقاط المنبوذ مسلم وكافر، فلا يخلو حال المنبوذ من أن يجري عليه حكم الإسلام أو حكم الكفر على ما سنصفه، فإن جرى عليه حكم الإسلام فالمسلم أحق بكفالته، وهكذا لو تفرد الكافر بالتقاطه نزع من يده لقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النِّسَاء: ١٤١] ولأنه غير مأمون عليه في بدنه أن يسترقه، وفي دينه أن يفتنه، وفي ماله أن يتلفه؛ لأن عداوة الدين تبعث على ذلك كله، وإن جرى على المنبوذ حكم الكفر فإن انفرد الكافر بالتقاطه أقر في يده؛ لأن الكافر يلي على الكافر وإن اشترك في التقاطه مسلم وكافر، فعلى الظاهر من مذهب الشافعي في إقراعه بين المسلمين إذا اشتركا في التقاطه يقرع بين المسلم والكافر، ويكون في يد من خرجت له القرعة، وعلى مذهب أبي علي بن خيران يسلم إلى المسلم دون الكافر؛ لأن كفالة المسلم أصلح ولما يرجى له باعتبار الإسلام ويتعين عليه أن يميل إليه.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَجَعَلْتُهُ مُسْلِماً وَأَعْطَيْتُهُ مِنْ سُهْمَانِ الْمُسْلِمِينَ حَتَّى يُعْرِبَ عَنْ نَفْسِهِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح. وعلته أن حكم اللقيط في إسلامه وكفره أنه معتبر

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٢).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٣٢، ١٣٣).

بحكم الدار التي وجد فيها فهي ضربان: دار الإسلام ودار الشرك. فأما دار الإسلام فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يتفرد المسلمون بها حتى لا يدخلها مشرك كالحرم فالمنبوذ إذا التقط في مثل هذه الدار محكوم بإسلامه في الظاهر والباطن لامتناع اجتماع الشرك الظاهر في أبويه.

والثاني: أن تكون دار الإسلام قد تخلطهم فيها أهل ذمة كالبصرة وبغداد أو معاهدون كأمصار الثغور فإذا التقط المنبوذ فيها كان مسلماً في الظاهر دون الباطن وإنما حكمنا بإسلامه ظاهراً تغليباً لحكم الدار، وأن النبي ﷺ قال: «الإسلام يعلو ولا يعلى»(١) ولم يحكم بإسلامه في الباطن قطعاً لجواز أن يكون من ذمي أو معاهد.

والضرب الثالث: أن تكون دار الإسلام قد تفرد أهل الذمة بسكناها حتى لا يساكنهم فيها مسلم ولا يدخلها مثل بلد من بلاد الشرك فتحه المسلمون صلحاً أو عنوة فأقروا أهله فيه على أن لا يخالطهم غيرهم فإذا التقط المنبوذ فيه كان كافراً في الظاهر، لأن أهل الدار كفار وإن كانت في يد المسلمين عليهم غالبة وأحكام الإسلام فيهم جارية وأما دار الشرك فعلى ثلاثة أضرب أيضاً:

أحدها: ما كان من بلادهم التي ليس فيها مسلم فإذا التقط المنبوذ منها جرى عليه حكم الشرك اعتباراً بحكم الدار.

والثاني: ما كان من بلاد الشرك فيها مسلمون ولو واحد كبلاد الروم فإذا التقط المنبوذ فيها ففيه وجهان:

أحدهما: أنه مشرك في الظاهر اعتباراً بحكم الدار.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة والظاهر من كلام الشافعي أنه يكون مسلماً في الظاهر تغليباً لحكم الإسلام.

والثالث: كان من بلاد الإسلام التي غلب عليها المشركون حتى صارت دار شرك كطرسوس وأنطاكية وما جرى مجرى ذلك من الثغور والمملوكة على المسلمين فإذا التقط المنبوذ فيها نظر فإن كان فيها أحد المسلمين ولو واحداً جرى على الملقوط فيها حكم الإسلام.

وإن لم يكن فيها أحد من المسلمين أجرى عليه حكم الشرك في الظاهر لبعد المسلمين عنها وامتناع حكمهم فيها.

فصل: فإن أجرينا عليه حكم الإسلام فقد ذكرنا من أين ينفق عليه إذا كان فقيراً وهو

---

(١) تقدم تخريجه.

على ما مضى من القولين وإن أجرينا عليه حكم الشرك لم يجز أن ينفق عليه من بيت المال إذا كان فقيراً، لأن ما في بيت المال مصروف في مصالح المسلمين دون المشركين فإن تطوع أحد المسلمين أو من أهل الذمة بالنفقة عليه كان محسناً لأنها نفس لها حرمة وإن لم يتطوع أحد بالنفقة عليه جمع الإمام أهل الذمة الذين كان المنبوذ بين أظهرهم وجعل نفقته مقسطة عليهم ليكون ديناً لهم إذا ظهر أمره فإن ظهر له أب رجعوا بالنفقة عليه وإن ظهر له سيد رجعوا بها عليه وإن لم يظهر ذلك كانت ديناً عليه يرجعون بها في كسبه إذا بلغ.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا أَعْرَبَ عَنْ نَفْسِهِ فَامْتَنَعَ مِنَ الإِسْلَامِ لَمْ يَبِنْ لِي أَنْ أَقْتُلَهُ وَلَا أَجْبُرُهُ عَلَى الإِسْلَامِ وَإِنْ وُجِدَ فِي مَدِينَةٍ أَهْلُ الذِّمَّةِ لَا مُسْلِمَ فِيهِمْ فَهُوَ ذِمِّيٌّ فِي الظَّاهِرِ حَتَّى يَصِفَ الإِسْلَامَ بَعْدَ الْبُلُوغِ».

قال في الحاوي: اعلم أن من يجري عليه حكم الإسلام قبل بلوغه على أربعة أقسام:

أحدها: من يجري حكم الإسلام عليه بإسلام أبويه فيصير بإسلامهما مسلماً. وروى أبو اليزيد عن الأعرج عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «كل مولود يولد على الفطرة وأبواه يهودانه وينصرانه كما تناقح الإبل من بهيمة جمعاء هل تحسون من جدعاء» قالوا: يا رسول الله، أفرأيت من يموت وهو صغير، قال: الله أعلم بما كانوا عاملين»(٢). فمعنى قوله: يولد على الفطرة. يريد على الإقرار بأن الله خالقه، لأن جميع الناس على اختلاف أديانهم يعلمون أن الله خالقهم ثم يهود اليهود أبناءهم وينصر النصارى أبناءهم أي يعلمونهم ذلك وضرب لهم مثلاً بالإبل إذا أنتجت من بهيمة جمعاء والجمعاء هي السليمة وإنما سميت بذلك لاجتماع السلامة لها في أعضائها فتجدع أنوف نتاجها وتفقأ عيونها فأما إذا أسلم أحد الأبوين فإن كان الأب منهما هو المسلم كان ذلك إسلاماً له وإن أسلمت الأم فمذهب الشافعي وأبي حنيفة أن إسلامها إسلام له كالأب وقال مالك: لا يكون إسلام الأم إسلاماً له وهذا خطأ لقول النبي ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلا، ولقوله ﷺ: «فأبواه يهودانه وينصرانه» فجعل اجتماعهما موجباً لتهوده دون انفرادهما، ولأنها لو أسلمت وهي حامل كان ذلك إسلاماً لحملها إذا وضعت كذلك إذا أسلمت بعد الوضع ولأنها أحد الوالدين فصار الطفل بها مسلماً كالأب، فأما استدلاله بالحرية فقد

---

(١) انظر الأم (٣/١٣٣).
(٢) أخرجه البخاري (١٣٥٨، ٦٥٩٩)، ومسلم (٢٢/٢٦٥٨).

يعتبر بالأب كما يعتبر بالأم، ألا ترى أنه لو ولد منه كان الولد حراً، فإذا ثبت أن الإسلام أحد الأبوين يكون إسلاماً لغير البالغ من أولادهما، فكذلك يكون إسلاماً لمن بلغ منهم مجنوناً؛، لأن المجنون تبع لغيره، فأما البالغ العاقل فلا يكون إسلام الأبوين أو أحدهما إسلاماً له؛، لأن الإسلام يصح منه، وأما إذا بلغ الكافر عاقلاً ثم جن فهل يكون إسلام أبويه إسلاماً له أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يكون ذلك إسلاماً له، لأنه قد فعل الكفر بنفسه بعد بلوغه فاستقر حكمه عليه.

والوجه الثاني: وهو اختيار أكثر أصحابنا أنه لا يصير مسلماً، لأنه بزوال العقل وخروجه عن حدّ التكليف قد صار تبعاً فإذا تقرر ما وصفناه وصار الطفل أو المجنون مسلماً بإسلام أبويه أو أحدهما ثم بلغ الصبي وأفاق المجنون فإن أقاما على الإسلام فقد استدام حكم إسلامهما وإن رضيا الكفر لم يقبل منهما وصارا بذلك مرتدين يقتلان إذا أقاما على الردة سواء أقرا بالإسلام بعد البلوغ والإفاقة أو لم يقرا به.

وقال بعض أصحابنا إن كانا بعد البلوغ والإفاقة قد أقرا بالإسلام والتزما حكمه بفعل عبادته من الصلاة والصيام جعلتهما مرتدين وإن لم يوجد ذلك منهما لم أحكم بردتهما، لأن جريان حكم الإسلام عليهما تبعاً أضعف من جريان حكمه عليهما إقراراً وعملاً وهذا خطأ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ ءَامَنُواْ وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَٰنٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾ [الطّور: ٢١]. فأخبر بإيمان الذرية تبعاً لآبائهم فلم يجز أن ينتقل حكم الإيمان عنهم ولأن ما أوجب إسلامه أوجب إلزامه كالإقرار فهذا حكم القسم الأول.

فصل: والقسم الثاني: أن يجري عليه حكم الاسم بإسلام السابي له من بلاد الشرك فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون السبي بعد البلوغ فلا يكون بإسلام سابيه مسلماً ويكون حكم الكفر عليه جارياً.

والثاني: أن يكون سبيه قبل البلوغ فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون مسبياً مع أبويه أو أحدهما فلا يكون حكمه حكم سابيه، لأن إلحاق حكمه بأبويه أقوى من إلحاق حكمه بسابيه ويكون على حكم الكفر استصحاباً لدين أبويه.

والثاني: أن يسبى وحده دون أبويه ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي أنه لا يتبع سابيه في الإسلام ويكون حكمه في الشرك حكم أبويه؛ لأن يد السابي يد استرقاق فلم توجب إسلامه كالسيد.

والوجه الثاني: أنه يتبع السابي في إسلامه؛ لأنه قبل البلوغ تبع لغيره فهو أخرجه

بسببه عن أبويه من أن يكون تبعاً لهما، فصار تبعاً لمن صار إليه بعدهما، فعلى هذا يجري عليه قبل بلوغه أحكام السابي في العبادات والاقتصاص من المسلم إذا جنى عليه، وإذا مات صلى عليه ودفن في مقابر المسلمين، وإن بلغ واستصحب الإسلام قولاً وعملاً ثم رجع عنه صار برجوعه مرتداً، وإن وصف الكفر عند بلوغه فهل يحكم بارتداده أم لا؟ على وجهين مضى توجيههما فهذا حكم القسم الثاني.

فصل: والقسم الثالث: أن يجري عليه حكم الإسلام بنفسه إقراراً واعترافاً بشروطه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك بعد بلوغه فهذا مسلم له ما للمسلمين وعليه ما عليهم.

والثاني: أن يكون ذلك قبل بلوغه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك منه في طفولته وعدم تمييزه فلا يكون بذلك مسلماً، لأنه لا حكم لقوله ولا يصل إلى معرفة حق من باطل ولا صحيح من فاسد.

والثاني: أن يكون مراهقاً مميزاً يصل بذهنه إلى معرفة الحق من الباطل ويميز ما بين الشبهة والدليل ففي الحكم بإسلامه إذا وصفه على شروطه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الظافر من مذهب الشافعي أنه لا يصير مسلماً لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى ينتبه»(١).

فرفع القلم عنه قبل البلوغ في جميع أحواله، وجمع بينه وبين المجنون في سقوط تكليفه، ولأن عقود المعاملات أخف حالاً من شروط الإسلام، فلما امتنع قبل البلوغ أن تصح منه العقود فأولى أن يمتنع منه شروط الإسلام.

والثاني: وهو مذهب أبي حنيفة أن يصير مسلماً؛ لأنه قد يصل إلى معرفة الدليل كما يصل إليه البالغ وخالف الطفل والمجنون، ولأن علياً عليه السلام أسلم قبل بلوغه فحكم بصحة إسلامه؛ فعلى هذا إن بلغ فرجع عن الإسلام صار مرتداً.

والثالث: أن إسلامه يكون موقوفاً، فإن استدام ذلك بعد بلوغه علم أنه تقدم إسلامه، وإن فارقه بعد البلوغ علم أنه لم يكن مسلماً، وعلى هذا الوجه يحتمل إسلام علي عليه السلام في قول من إسلامه إلى ما قبل البلوغ، وأنه لما استدامه بعد البلوغ علم به صحة ما تقدم إسلامه فهذا حكم القسم الثالث.

والقسم الرابع: أن يجري عليه حكم الإسلام بالدار، وهذا هو اللقيط، وقد قسمنا أحواله التي تجري عليه بها حكم الإسلام أو حكم الشرك، فإن أجرينا عليه أحكام الشرك فبلغ ووصف الإسلام بعد بلوغه استوثق به حكم الإسلام من حينئذٍ، وإن أقام على الشرك

---

(١) تقدم تخريجه مراراً.

أقر عليه من تخويف ولا إرهاب، وإن جرى عليه حكم الإسلام فذلك ضربان:

أحدهما: أن يجريه عليه في الظاهر والباطن على ما ذكرنا من التقاطه في بلاد الإسلام التي لا يدخلها مشرك، فهذا لا يقبل منه بعد البلوغ الرجوع عنه ويكون إن رجع عنه مرتداً.

والثاني: أن يجري عليه حكم الإسلام في الظاهر دون الباطن، فما لم يبلغ فحكم الإسلام جارٍ عليه، فإن مات غسل وصلي عليه ودفن في مقابر المسلمين، وإن قتله مسلم فعليه دية مسلم وفي وجوب الاقتصاص منه قولان:

أحدهما: يقتص منه لجريان حكم الإسلام عليه.

والثاني: لا يقتص منه لاحتمال حاله، وأنه ربما وصف الكفر بعد بلوغه فلم يجز أن يراق دم بالشبهة، فإن وصف الإسلام قولاً وأقام عليه فعلاً استقر حكم إسلامه وجرى القصاص على قاتله، وإن رجع عنه إلى الشرك أرهب وخوف لرجوعه عن الإسلام، فإن أبى إلا أن يكون مشركاً سئل عن سبب شركه، فإن قال: لأن أبي مشرك وصرت لأتباع أبي مشركاً ترك لما اختاره من الشرك لاحتماله، وأجرى عليه أحكام الشرك؛ لأننا لم نكن حكمنا بإسلامه قطعاً وإنما حكمنا به تغليباً.

فإن قال: لست أعرف دين أبي ولا أعلمه مسلماً ولا مشركاً ولكني أختار الشرك ميلاً إليه ورغبة فيه ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل منه؛، لأنه لم يكن مقطوعاً بإسلامه.

والثاني: هو الأصح أنه لا يقبل منه ويجعل إن أقام عليه مرتداً إلا أن يدعي شرك أبيه فيقبل منه ويقر عليه ليكون في الشرك تبعاً ولا يكون متبوعاً.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أَرَادَ الَّذِي الْتَقَطَهُ الظَّعْنَ بِهِ فَإِنْ كَانَ يُؤْمِنُ أَنْ يَسْتَرِقَّهُ فَذَلِكَ لَهُ وَإِلَّا مَنْعُهُ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا التقطه مقيم ثم أراد بعد حصوله في كفالته وإقراره في يده جاز أن يسافر به بأربعة شروط:

أحدها: أن يكون قد اشتد بدنه بحيث يقوى على السير فإن كان طفلاً لا يحتمل السير لم يجز.

والثاني: أن يكون السفر مأموناً لا يخاف عليه من غلبة مسترق فإن خيف ذلك عليه لم يجز.

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٣).

والثالث: أن يكون المسافر مأموناً عليه فلا يسترقه ولا يسيء إليه فإن خيف ذلك لم يجز.

والرابع: أن يكون بنية العود إلى بلده، فإن لم يرد العود وسافر متنقلاً ففي تمكينه منه وجهان:

أحدهما: أنه يمكن، لأنه قد صار في استحقاق كفالته كالأب الذي يجوز له أن يأخذه من الأم في سفر نقلته.

والثاني: لا يجوز لما في نقله من إضاعة ما كنا نرجوه من ظهور نسبة ولهذا المعنى جعلنا المقيم إذا شارك في التقاطه مسافراً أولى به.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَجِنَايَتُهُ خَطَأٌ عَلَى جَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح وجنايته ضربان على نفس أو مال فإن كانت على مال فهي في ماله صغيراً كان اللقيط أو كبير موسراً أو معسراً فإن كان له ماله دفع منه غرم جنايته وإن لم يكن له مال كان ديناً عليه إذا أيسر أداه فإن كانت جنايته على نفس آدمي فضربان عمد وخطأ فإن كانت خطأ فعلى عاقلته وإن لم يكن له عصبة يعقلون عنه ففي بيت المال، لأن جماعة المسلمين عاقلته. ألا تراه لو مات بلا وارث كان ميراثه لبيت المال لجماعة المسلمين وإن كانت جنايته عمداً يوجب القود فله حالان:

أحدهما: أن يكون بالغاً القود واجب عليه في نفس كانت الجناية أو في طرف.

والثانية: أن يكون صبياً فلا قود عليه لارتفاع القلم عنه وفي محل الدية قولان من اختلاف قوليه في عمد الصبي هل يجري مجرى الخطأ أو مجرى العمد الصحيح وإن سقط عنه القود فإن قيل إنه يجري مجرى الخطأ كانت الدية في بيت المال مؤجلة كدية الخطأ وإن قيل إنه عمد صحيح وإن سقط عنه القود كانت الدية في ماله حالة فإن أعسر بها كانت ديناً عليه.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالْجِنَايَةُ عَلَيْهِ عَلَى عَاقِلَةِ الجَانِي فَإِنْ قُتِلَ عَمْداً فَلِلإِمَامِ القَوْدُ أَوْ العَقْلُ وَإِنْ كَانَ جُرْحاً حُبِسَ لَهُ الجَارِحِ حَتَّى يَبْلُغَ فَيَخْتَارَ القَوْدَ أَوْ الأَرْشَ فَإِنْ كَانَ مَعْتُوهاً فَقِيراً أَحْبَبْتُ لِلإِمَامِ أَنْ يَأْخُذَ الأَرْشَ وَيُنْفِقَهُ عَلَيْهِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: لا يخلو حال الجناية على اللقيط من أن تكون

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٣).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٣٣).

عمداً أو خطأ فإن كانت خطأ فهي على عاقلة الجاني في نفس كانت أو طرف وديته دية حر مسلم ما كان على حاله اعتباراً بالأغلب من حكم الدار في الحرية والإسلام.

وإن كانت عمداً فضربان في نفس أو طرف فإن كانت في نفس استحق فيها دية حر مسلم وفي استحقاق القود إن كان القاتل حراً مسلماً قولان أصحهما عليه القود اعتباراً بالأغلب من حاله وحال الدية في قتله. والقول الثاني: لا قود، لأنه حد يدرأ بالشبهة وكان بعض أصحابنا يحمل اختلاف هذين القولين على اختلاف حالين فيقول إن كان قتله قبل البلوغ وجب القود على قاتله وإن كان بعد البلوغ فلا يجب، لأنه يقدر على إظهار حاله وهذا الفرق مسلوب المعنى، لأنه إن اعتبر حال الشبهة ففي الحالين وإن اعتبر حال الظاهر ففي الحالين فلم يكن للفرق بينهما وجه فإن قلنا بإسقاط القود أخذت الدية لبيت المال وإن قلنا بوجوب القود كان للإمام عن كافة المسلمين مخيراً فيما يراه أصلح لجماعتهم من القود لئلا يسرع الناس إلى قتل النفوس وأخذ الدية.

فصل: وإن كانت الجناية عليه في طرف فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون بالغاً بالخيار بين أن يأخذ الدية أو يقتص لنفسه على ما ذكرناه من القولين.

والثاني: أن يكون غير بالغ فإن قلنا بإسقاط القود على أحد القولين فليس له إلا دية الطرف ويأخذها الإمام له لينفق عليه منها أو يضم إلى ماله إن كان غنياً. وإن قلنا بوجوب القود على الصحيح من المذهب فللقيط أربعة أحوال:

إحداها: أن يكون عاقلاً غنياً فعلى الإمام أن يحبس الجاني عليه إلى أن يبلغ فيختار القود أو الدية ولا يجوز للإمام أن يقتات عليه في أمرها كما لا يجوز لأب الطفل أن يقتات عليه فيما استحقه من قود أو دية.

والثانية: أن يكون معتوهاً فقيراً فينبغي للإمام أن يأخذ الدية من الجاني لينفق منها عليه ويعفو عن القود لأمرين:

أحدهما: ظهور المصلحة بعد حاجته بالفقر.

والثاني: بقاؤه في الأغلب على عتهه بعد البلوغ.

والثالثة: أن يكون عاقلاً فقيراً ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يحبس قاتله ليختار لنفسه ما شاء من قود أو دية تعليلاً بظهور عقله.

والثاني: أن الإمام يأخذ له الدية ويعفو عن القود تعليلاً بحاجته وفقره، ولو بلغ فاختار القود ورد الدية ففيه وجهان: أحدهما له ذلك والثاني ليس له وعفو الإمام كعفو، وهذان الوجهان بناء على عفو الولي عن نفقته هل له المطالبة بها بعد لوغه أم لا على وجهين.

والرابعة: أن يكون معتوهاً غنياً فعلى وجهين:

أحدهما: يحبس قاتله ليختار لنفسه بعد بلوغه وإفاقته فإما اعتباراً بغيابه عن الدية.

والثاني: أن للإمام أن يأخذ الدية ويعفو عن القود اعتباراً بعتهه وعدم إفاقته في الأغلب.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَهُوَ فِي مَعْنَى الحُرِّ حَتَّى يَبْلُغَ فَيُقِرَّ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح لا نقطع بحرية اللقيط ولا نغلب فيه أحكام العبد أما عدم القطع بحريته فلإمكان ما عداها من الرق. وأما إسقاطها تغليباً لأحكام الرق فلأن الأغلب من دار الإسلام الحرية كما كان الأغلب فيها الإسلام وإنما اختلف قول الشافعي في ظاهر أمره فأحد القولين إنه حر في الظاهر وإن جاز أن يكون عبداً كما أجرينا عليه حكم الإسلام في الظاهر وإن جاز أن يكون كافراً ولأن الرق طارىء والحرية أصل فلأن يجري في الظاهر على حكم الأصل أولى. والثاني: أنه مجهول الأصل لإمكان الأمرين وأن الرق قد يجوز أن يكون مستحقاً فلم يجز أن نحكم بتغليب غيره عليه وليس كالكفر الذي هو باطل فجاز تغليب الإسلام عليه ومن هذين القولين خرج القولان في استحقاق القود من الحر.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ أَقَرَّ الرِّقَّ قَبِلْتُهُ وَرَجَعْتُ عَلَيْهِ بِمَا أَخَذَهُ وَجَعَلْتُ جِنَايَتَهُ فِي عُنُقِهِ».

قال في الحاوي: أما إقرار اللقيط قبل بلوغه فغير معمول عليه في حرية ولا في رق فإذا بلغ صار إقرار حينئذٍ معتداً فإن ادعى الحرية وأنكر الرق كان قوله فيها مقبولاً وصار حراً في الظاهر والباطن ما لم يقم بينة برقه ولا يقبل منه الإقرار بالرق بعد ادعاء الحرية كما لو بلغ فأقر بالإسلام لم يقبل منه الرجوع إلى الكفر فأما إذا أقر بالرق فإن جعلناه مجهول الأصل كان إقراره بالرق مقبولاً وإن جعلناه حراً في الظاهر ففي قبول إقراره بالرق وجهان:

أحدهما: لا يقبل منه إلا أن تقوم بينة، لأنه خلاف ما أجرى عليه من حكم الظاهر وحكاه أبو حامد المروزي في جامعه.

والثاني: وهو الصحيح الظاهر من كلام الشافعي أن إقراره به مقبول وإن كان قد أجرى عليه في الظاهر حكم الحرية كما يقبل إقراره بالكفر إن أجرى عليه في الظاهر حكم

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٣).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٣٣).

الإسلام ثم يجري عليه حكم الرق في المستقبل من أمره إن جنى أو جني عليه فأما في الماضي من أمره فقد ذكر الشافعي ما سوى الجناية فيما بعد وقدم ذكر الجناية في هذا الموضع والنفقة عليه أما الجناية فالكلام فيها يشتمل على فصلين أحدهما فيما جنى عليه والثاني فيما جناه على غيره.

فأما الجناية عليه فلا يخلو ما أخذه من أرشها بالحرية من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يستوي أرشها بالحرية والرق فلا يراجع فإن كانت عمداً وعرفها الجاني من ماله فقد غرم ما لزمه وإن كانت خطأ تحملتها عاقلته ففي رجوع العاقلة بها قولان بناء على اختلاف قوليه في تحمل العاقلة بالجناية على العبد.

والثاني: أن يكون أرشها في الرق أقل من أرشها في الحرية كأنها في الحرية ألف وفي الرق مائة فيسترجع منه ما زاد على أرش الرق وذلك بتسعمائة فإن كانت بعينها في يده أو كان بدلها موجوداً من كسبه ليسترجعه الجاني أو عاقلته، وإن كانت غير موجودة في يده ولا بد لها من كسبه نظر فإن كان الحاكم قد أنفقها عليه في صغره استحق الجاني الرجوع بها على سيده كما يرجع عليه بالقبض في النفقة عليه وهكذا لو كان المنفق لها على نفسه، لأن نفقته واجبة على سيده وإن لم يتصرف في نفقته لم يلزم السيد غرمها لأنها لم تصر في يديه ولا انصرفت في واجب عليه ثم ينظر فإن كان الحاكم قد أخذ ذلك في صغره ولم تصر إلى يده لتلفه لم يجب غرمه وكانت الزيادة هدراً وإن كان هو القابض لها في كبره أو دفعها الحاكم إليه بعد كبره تعلق غرمها بذمته بعد عتقه ويساره لغروره ولم تتعلق برقبته.

والثالث: أن يكون أرشها في الرق من أرشها في الحرية بأن كانت في الحرية مائة وفي الرق ألف ففي استحقاق الزيادة بالرق قولان:

أحدهما: يستحق إلا أن يعترف الجاني بها ولا يقبل قوله فيها مع الإنكار لها لمكان التهمة وهذا على القول الذي نجعله فيه حراً في الظاهر.

فصل: وأما الجناية على غيره فلا يخلو ما دفعه في أرشها بالحرية من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يستوي أرشها في الحرية والرق فليس للمجنى عليه إلا ما أخذه ثم ينظر فإن كانت جنايته فقد أرشها من ماله أو كسبه كذلك وإن كانت خطأ أخذت من بيت المال وجب ردها فيه، لأن جناية العبد في عنقه دون بيت المال والسيد بالخيار بين أن يغرمها أو يبيع رقيقه فيها فإن ضاقت الرقبة عند بيعها عن غرم جميعها لم يلزم السيد ما بقي وهل يرجع به على المجنى عليه في حق بيت المال أم لا على قولين.

والثاني: أن يكون أرشها بالرق أكثر من أرشها بالحرية فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون رقبة العبد تتسع للزيادة فيستحق المجنى عليه الرجوع بها في

رقبة العبد إلا أن يفديه السيد منها.

والثاني: أن تكون رقبة العبد تضيق عن الزيادة ففيها قولان:

أحدهما: تكون هدراً.

والقول الثاني: أنها مستحقة فإن فداه السيد وإلا بيع فيها.

والثالث: أن يكون أرشها بالرق أقل من أرشها بالحرية ففي قبول قوله في استرجاعها قولان:

أحدهما: يقبل قوله ويسترجع وهذا على القول الذي نجعله فيه مجهول الأصل.

والثاني: لا يقبل قوله فيها ولا يسترجع وهذا على القول الذي نجعله فيه حراً في الظاهر.

فصل: فأما النفقة التي أنفقها الحاكم عليه في صغره فإن كانت من بيت المال لم تسترجع من السيد، لأنها دفعت من سهم المصالح وقد جعل ذلك مستحقاً فيه وإن كانت قرضاً اقترضه الحاكم من واحد أو عدد وجب على السيد غرمها وردها عليهم لوجوبها بحق الملك.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ قَذَفَهُ قَاذِفٌ لَمْ أَجِدْ لَهُ حَتَّى أَسْأَلَهُ فَإِنْ قَالَ: أَنَا حُرٌّ حَدَدت».

قال في الحاوي: وصورتها في لقيط قذفه قاذف بالزنى فإن كان اللقيط صغيراً فلا حدّ على قاذفه، وإن كان كبيراً لم يعجل إلى حدّ القاذف حتى يسأل اللقيط المقذوف لا يختلف فيه، لجواز أن يكون حراً وقد قال النبي ﷺ: «جنب المؤمن حمى» فإن أقرّ بالرق ولم يدع الحرية فلا حدّ على قاذفه، لأن قاذف العبد لا حد عليه فإن ادعى الحرية فإن صدقه عليها القاذف حدّ له حدّاً كاملاً وإن كذبه وادعى رقه فعلى القول الذي نجعل فيه اللقيط مجهول الأصل يكون القول فيه قول القاذف ولا حدّ عليه وعلى القول الذي نجعل اللقيط فيه حراً في الظاهر ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أن القول قول اللقيط ويحدّ قاذفه كما يقتل هذا القول قاتله.

والثاني: أن القول قول قاذفه ولا حدّ عليه وإن قتل قاتله وفرق قائل هذا الوجه من أصحابنا بين القتل والقذف بأن المقذوف حي يمكنه إقامة البينة على حريته فإذا عجز عنها ضعف حاله والمقتول لا يقدر على إقامة البينة على حريته بعد قتله فعمل فيه على ظاهر حاله كالدية؛ فمن قال بهذا اختلفوا في قبول قوله في القود إذا كان في طرف فمن أصحابنا من أجراه مجرى القذف ولم يقبل قول اللقيط فيه لتمكنه من إقامة البينة على

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٤).

حريته ومنهم من أجراه مجرى القتل في النفس وقبل قوله في حريته إلحاقاً له بالقتل الذي هو من جنسه.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «قَاذِفُهُ وَإِنْ قَذَفَ حُرًّا حُدَّ».

قال في الحاوي: وصورتها في لقيط قذف حراً بالزنى فإن كان قبل بلوغه فلا حدّ عليه لارتفاع القلم عنه وإن كان بعد بلوغه فما لم يدع المقذوف حريته لم يكمل حدّه وإن ادعى حريته فإن اعترف له اللقيط بالحرية حدّ لقذفه حداً كاملاً ثمانين وإن أنكر الحرية وادعى الرق فعلى القول الذي نجعله فيه مجهول الأصل القول قوله وليس عليه إلا حدّ العبيد نصف الحد وعلى القول الذي نجعله فيه حراً في الظاهر فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن القول قول المقذوف ويحد له اللقيط حداً كاملاً تغليباً لظاهر حاله.

والثاني: أن القول قول اللقيط القاذف وليس عليه إلا حد العبيد نصف الحد، لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

والثالث: أنه إن كان عند ادعاء الرق أقر لسيد بعينه قبل قوله وحد حدّ العبيد لاستقرار رقه فتعين المالك وإن لم يعينه وادعى رقاً مطلقاً لغير سيد بعينه لم يقبل قوله وحدّ الأحرار ثمانين.

مسألة[2]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَسَمِعْتُهُ يَقُولُ اللَّقِيطُ حُرٌّ لأَنَّ أَصْلَ الآدَمِيِّينَ الحُرِّيَّةُ إِلاَّ مَنْ ثَبَتَتْ عَلَيْهِ العُبُودِيَّةُ وَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ كَمَا لَا أَبَ لَهُ فَإِنْ مَاتَ فَمِيرَاثُهُ لِجَمَاعَةِ المُسْلِمِينَ. قَالَ المُزَنِيُّ: هَذَا كُلُّهُ يُوجِبُ أَنَّهُ حُرٌّ. قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَقَوْلُهُ المَعْرُوفُ أَنَّهُ لَا يَحُدُّ القَاذِفَ إِلَّا أَنْ تَقُومَ بَيِّنَةٌ لِلمَقْذُوفِ أَنَّهُ حُرٌّ لأَنَّ الحُدُودَ تُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال لا ولاء على اللقيط لملتقطه ولا لغيره من المسلمين ما لم يثبت عليه رق. وقال أبو حنيفة الولاء ثابت عليه لملتقطه دون غيره. إذا حكم له الإمام بولاية وقال مالك ولاؤه ثابت لجماعة المسلمين. واستدل من أثبت عليه الولاء بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يجوز للمرأة ثلاثة مواريث؛ ميراث عتيقها، وميراث لقيطها، وميراث ولدها الذي لاعنت عليه، وبما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لرجل التقط منبوذاً: «لك ولاؤه وعلينا نفقته»[3] قال: ولأنه منهم فجاز أن يستحق الولاء المعتق. ودليلنا قوله ﷺ: «إنما الولاء لمن

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٤).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٣٤).

(٣) تقدم تخريجه.

أعتق»[١]. فانتفى الولاء بذلك عمن لا يعتق ولأن من لم يثبت عليه رق لم يستأنف عليه ولاء كالحر الأصلي ولأن ما استحق بالرق انتفى عن غير الرق كالملك، ولأن من جرى عليه حكم الحرية في أصله جرى عليه حكم الحرية في فرعه كالمعروف بالحرية طرداً وبالعبودية حكماً.

فأما الجواب عن الخبر إن صح فحمله على أحد وجهين إما على ميراثه إذا دعته ولداً أو على ميراثه إذا دعته عبداً وأما قول عمر رضوان الله عليه: «لك ولاؤه وعلينا نفقته» فيحمل على الكفاية والولاية دون الولاء، وأما الجواب عن قولهم إنه منعهم فمنتقض بمن استنفذ غريقاً أو أجار مظلوماً أو منح فقيراً فإذا ثبت هذا فميراثه في بيت المال كالحر الذي لا وارث له.

مسألة[٢]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ ادَّعَاهُ الَّذِي وَجَدَهُ أَلْحَقْتُهُ بِهِ فَإِنْ ادَّعَاهُ آخَرُ أَرَيْتُهُ القَافَةَ فَإِنْ أَلْحَقُوهُ بِالآخَرِ أَرَيْتُهُمْ الأَوَّلَ فَإِنْ قَالُوا إِنَّهُ ابْنُهُمَا لَمْ نَنْسِبْهُ إِلَى أَحَدِهِمَا حَتَّى يَبْلُغَ فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا وَإِنْ لَمْ يُلْحَقْ بِالآخَرِ فَهُوَ ابْنُ الأَوَّلِ».

قال في الحاوي: وصورة هذه المسألة في رجل وجد لقيطاً فادعاه ولدا فدعواه مسموعة وقوله مقبول ويحكم له ببنوته سواء ادعاه مع التقاطه أو بعده، لأنه لا منازع له ليمنع منه وينبغي أن يسأله الحاكم استظهار من أين صار ولدك أمن أمة أو زوجة في نكاح أو شبهة فإن أغفل كل ذلك جاز، لأن قوله فيه مقبول فإن جاء آخر، لأن قوله فيه مقبول، فإن جاء آخر إلحاقه بالواجد فادعاه ولداً لم يقبل قوله بمجرد الدعوى، لأن الأول بادعائه له قد صار دافعاً لدعواه ولا يمنع منها لاحتمالها وأن إلحاقه بالأول إنما كان تغليباً لصدقه عند عدم المنازع وإذا كان كذلك وجب أن يرى الثاني مع الولد القافة، لأن فيها بيان عند التنازع في الأنساب فإن نفوه عن الثاني استقر لحوقه بالأول استصحاباً لسابق الحكم وإن ألحقوه بالثاني عرض عليهم الولد مع الأول فإن نفوه عن الأول لحق بالثاني وانتفى عن الأول، لأن القافة حجة في إثبات الأنساب وكالبينة فكانت أولى من إلحاقه بدعوى الأول فإن أقام الأول بعد إلحاق القافة له بالثاني بينة على الفراش بأربع نسوة عدول يشهدون أنه ولد على فراشه لحق بالأول ببينته وكان أولى من إلحاق القافة له بالثاني بشبهة، لأن حكم الشبه يسقط مع ثبوت الفراش ألا ترى لو أن ولداً على فراش رجل فادعاه آخر وألحقته القافة به لم يلحق وكان ولد صاحب الفراش لتقديم الفراش على حكم الشبه.

فصل: وإن قالت القافة حين رأوه مع الثاني يشبهه كشبهه بالأول لم يلحق بهما ولو

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الأم (٣/ ١٣٤).

بواحد منهما لعدم البيان في القافة ووجب أن يوقف أمره حتى يبلغ الولد إلى زمان الانتساب فينسب إلى أحدهما وفي زمان انتسابه قولان:

أحدهما: البلوغ، لأنه لا حكم لقوله قبله.

والثاني: إلى أن يميز باستكمال السبع أو الثمان وهي الحال التي يخير فيها بين أبويه عند تنازعهما في الحضانة فإن قيل فهلا إذا عدم البيان في القافة أقرّ على بنوة الأول بما تقدم من إلحاقه به إذا لم يقابل بما يوجب لحوقه بغيره كالمال إذا نوزع صاحب اليد فيه ثم تعارضت البينتان فأسقطنا حكم تملكه لصاحب اليد: قيل الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن اليد تدل على الملك فجاز عند تعارض البنتين أن يحكم بها ولا تدل على النسب فلم يجز أن يحكم بها وإنما حكمنا بما سبق من الدعوى دون اليد وهذا فرق أبي علي بن أبي هريرة وفيه دخل، لأنه يمكن أن يقال فهلا إذا كانت الدعوى في النسب كاليد في الملك وجب أن يحكم بها عند سقوط الحجج بالتعارض كاليد.

والثاني: أن الأموال ليس لها بعد تعارض البينات بيان ينتظر فجاز أن يحكم باليد بالضرورة عند فوات البيان وليس كذلك حال النسب، لأن انتساب الولد عنه بلوغه حال منتظرة يقع البيان بها فلم يحكم بما تقدم من الدعوى لعدم الضرورة وهذا فرق أبي الحسين بن القطان ويدخل عليه فوت البيان بموت الولد.

فصل: فإذا ثبت أن النسب موقوف على بلوغ الولد لينسب إلى أحدهما أخذ به الولد بعد البلوغ فإذا انتسب صار لاحقاً بمن انتسب إليه منتفياً عن الآخر فلو رجع فانتسب إلى الآخر لم يقبل منه للحقوقه بالأول بانتسابه الأول فلو وقف على الانتساب إلى أحدهما فانتسب بعد البلوغ إلى غيرهما ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقبل منه، لأن القافة قد وقفته عليهما فلم يجز أن يعدل بالانتساب إلى غيرهما كما لو ألحقته القافة لم يكن له أن ينتسب إلى غيره.

والثاني: يقبل منه ويصير ملحقاً بمن انتسب إليه، لأن وقفته بينهما لا يمنع دعوى غيرهما.

فصل: وإذا تداعيا بنوة اللقيط رجلان ولم يسبق أحدهما بدعواه فيلحق به ولم يكن لواحد منهما بينة تشهد بولادته على فراشه رجع فيه إلى بيان القافة فإذا ألحقوه بأحدهما لحق به دون الآخر.

وقال أبو حنيفة إن وصف أحدهما علامة غامضة في جسد المولود فهو أحق به، لأن علمه بذلك دليل على صدقه وهذا خطأ، لأنه قد يرى ذلك غير الوالد ولا يراه الوالد ولأنه لما لم يجز أن تدفع اللقطة بالصفة فالنسب أولى أن لا يثبت بالصفة.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ ادَّعَى اللَّقِيط رَجُلَانِ فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِهِ جَعَلْتُهُ لِلَّذِي كَانَ فِي يَدِهِ أَوَّلاً وَلَيْسَ هَذَا كَمِثْلِ المَالِ».

قال في الحاوي: وصورتها في رجلين تنازعا كفالة اللقيط دون نسبه وادعى كل واحد منهما أنه التقطه دون صاحبه وأقام كل واحد بما ادعاه بينة والبينة هاهنا شاهدان لا غير، لأنها ليست على مال وإنما هي على استحقاق كفالة تثبت بها ولاية فإن شهدت إحدى البينتين لأحدهما بتقديم يده كان المقدم إليه أولاهما به، قال الشافعي وليس كالمال، لأن المتنازعين في المال إذا أوجبت بينتاهما تقدم يد أحدهما كان فيها قولان:

أحدهما: أن المتقدم إليه أولى كالمتنازعين في الكفالة.

والثاني: أنهما سواء ويقدم في الكفالة من تقدمت يده. والفرق بينهما أن المال قد يصح انتقاله بحق من يد إلى يد فجاز أن يستوي فيه اليد المتقدمة واليد المتأخرة والكفالة لا يصح انتقال اللقيط فيها بحق من يد إلى يد فوجب أن يحكم بها لمتقدم اليد، فإن تعارضت بينتاهما أو أشكلتا لعدم المنازع ففيه قولان:

أحدهما: يقرع بينهما ويستحقه من قرع.

والثاني: يسقطان ويتحالفان حلفا أو نكلا فقد استويا وصارا كالملتقطين له معاً فيكون على ما مضى من الوجهين أحدهما يقرع بينهما ويستحقه من قرع منهما والثاني: يجتهد الحاكم في أحظهما.

فصل: ولو ادعى أحد المتنازعين فيه أنه ولده وتفرد الآخر بادعاء الكفالة دون الولادة حكم به ولداً لمدعي نسبه، لأنه غير منازع في نسبه وصار أولى بكفالته، لأن الوالد أحق بالكفالة من الملتقط وهكذا لو استقرت يد الملتقط في الكفالة ثم جاء رجل فادعاه ولداً لحق به نزع من يد ملتقطه وصار من جعلناه أولى بكفالته.

مسألة[٢]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَدَعْوَةِ المُسْلِمِ وَالعَبْدِ وَالذِّمِّيِّ سَوَاءً».

قال في الحاوي: وهذا كما قال، إذا تداعى نسب اللقيط حر وعبد ومسلم وذمي فهما في دعوة النسب سواء تداعى كالحرين وكالمسلمين، وقال أبو حنيفة: يقدم الحر على العبد والمسلم على الكافر استدلالاً بأن النبي ﷺ قال: «الإسلام يعلو ولا يعلى»[٣] فلم يجز أن يتكافأ المسلم والذمي في الدعوى قال: ولأنه لما أجري على اللقيط حكم

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٤، ١٣٥).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٣٥).

(٣) تقدم تخريجه.

الحرية والإسلام صار الحر والمسلم أقوى حالاً من العبد والكافر لاتفاقهما في الحكم واشتراكهما في الصفة ودليلنا قوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»(١) فأثبت الولد للفراش ودون الاشتراك في الحرية والدين ولأن كل من سمعت دعواه إذا كان منفرداً لم يدفع عنها إذا كان منازعاً كالحرين والمسلمين ولأن كل دعوى لا يمنع الذمي منها مع البينة لم يدفع الذمي عنها بغير بينة كالمال، فأما قوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى» فمن علوه الانقياد لحقوق أهل الذمة على أن علوه باليد ونفوذ الحكم ونحن نجري على الولد وإن لحق به أحكام الإسلام، وأما قوله إنه موافق لحال الحر والمسلم دون العبد والكافر فهذا فاسد بتفرد العبد والكافر بادعائه وبمسلم وكافر تنازعا لقيطاً في دار الحرب فقد أجرى عليه حكم الشرك فإنهما فيه سواء ولا يغلب الكافر على المسلم لحكم الدار كذلك في دار الإسلام يغلب المسلم على الكافر لحكم الدار.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «غَيْرَ أَنَّ الذِّمِّيَّ إِذَا ادَّعَاهُ وَوُجِدَ فِي دَارِ الإِسْلَامِ فَأَلْحَقْتُهُ بِهِ أَحْبَبْتُ أَنْ أَجْعَلَهُ مُسْلِماً فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ وَأَنْ آمُرَهُ إِذَا بَلَغَ بِالإِسْلَامِ مِنْ غَيْرِ إِجْبَارٍ. وَقَالَ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى: إِنَّا نَجْعَلُهُ مُسْلِماً لأَنَّا لَا نَعْلَمُهُ كَمَا قَالَ. قَالَ المُزَنِيُّ: عِنْدِي هَذَا أَوْلَى بِالحَقِّ لأَنَّ مَنْ ثَبَتَ لَهُ حَقٌّ لَمْ يَزَلْ حَقُّهُ بِالدَّعْوَى فَقَدْ ثَبَتَ لِلإِسْلَامِ أَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ وَجَرَى حُكْمُهُ عَلَيْهِ بِالدَّارِ فَلَا يَزُولُ حَقُّ الإِسْلَامِ بِدَعْوَى مُشْرِكٍ. قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ ابْنُهُ بَعْدَ أَنْ عَقَلَ وَوَصَفَ الإِسْلَامَ أَلْحَقْنَاهُ بِهِ وَمَنَعْنَاهُ أَنْ يَنْصُرَهُ فَإِذَا بَلَغَ فَامْتَنَعَ مِنَ الإِسْلَامِ لَمْ يَكُنْ مُرْتَدًّا نَقْتُلُهُ وَأَحْبِسُهُ وَأُخِيفُهُ رَجَاءَ رُجُوعِهِ. قَالَ المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: قِيَاسُ مَنْ جَعَلَهُ مُسْلِماً أَنْ لَا يَرُدَّهُ إِلَى النَّصْرَانِيَّةِ».

قال في الحاوي: وصورتها في ذمي ادعى لقيطاً ولداً وألحقناه به نسباً فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يلحق به بعدما صار مسلماً وصلى وصام والتزم شرائع الإسلام فهذا يجري عليه حكم الإسلام وإن لحق نسبه بذمي، لأن فعله للإسلام أقوى من اتباعه لغيره في الكفر فهل يصير بوصف الإسلام قبل البلوغ مسلماً حتى لو رجع عنه بعد البلوغ صار مرتداً أم لا على ما ذكرنا من الوجوه الثلاثة:

أحدها: أنه لا يصير بذلك مسلماً وسواء ألحق بالذمي بمجرد الدعوى أو ببينة شهدت له بأنه ولد على فراشه.

والثاني: أن يلحق به في صغره وطفولته وقبل صلاته وصيامه فهذا على ضربين:

---

(١) تقدم تخريجه في النكاح.

(٢) انظر الأم (٣/ ١٣٥).

أحدهما: أن يلحق به ببينة تشهد بأنه ولد على فراشه فهذا تجري عليه أحكام الكفر تبعاً لأبيه، لأن قيام البينة العادلة لولادته على فراشه تأصل عن حكم الأصل في ظاهر الدار.

والثاني: أن يلحق به بمجرد الدعوى من غير بينة ففيه قولان:

أحدهما: ينقل من حكم الإسلام إلى حكم الكفر، لأنه صار لاحقاً بكافر فصار الظاهر غير ذلك الظاهر.

والثاني: وهو اختيار المزني أنه يكون باقياً على حكم الإسلام ولا ينقل عنه للحوقه بكافر، لأن حكم الدار أقوى من دعوى محتملة فعلى هذا إن خيف عليه من افتتانه بدين أبيه حيل بينه وبين أبيه وأخذ بنفقته حتى يبلغ فإن بلغ ووصف الإسلام تحقق حكمه فيه وإن وصف الكفر ومال إلى دين أبيه أرهب وخوف رجاء عوده فإن أبى إلا المقام على الكفر فبعداً له ولا يصير بذلك مرتداً ويقر على ما اختاره لنفسه من الكفر، لأن فعله أقوى حكماً من غالب الدار.

فصل: فعلى هذا لو كان أبوه يهودياً فقال وقد بلغ: لستُ يهودياً ولا مسلماً وإنما على غير اليهودية من الملل كالنصرانية والمجوسية ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل منه ويقر عليه، لأن الكفر كله ملة واحدة.

والثاني: لا يقبل منه ما أراد الانتقال إليه من الكفر ولا يعاد إلى دين أبيه لإقراره بأنه ليس إلا على الإسلام فإن أباه صار مرتداً.

فصل: وإذا لحق اللقيط بمدعيه عند عدم منازع من مسلم أو كافر فبلغ وأنكر نسبه وادعى نسباً غيره لم يقبل منه إلا ببينة تثبت بولادته على فراش غيره، لأن لحوق نسبه لم يراع فيه قبول الوالد فيؤثر فيه إنكاره وإنما يراعى ذلك منه في ادعاء نسبه بعد البلوغ فلذلك أثر فيه إنكاره بعد البلوغ.

فصل: فإذا ادعى العبد لقيطاً ولداً فإن صدقه سيده في ادعائه لحق به وإن كذبه فيه ففي قبول دعواه وإلحاق نسبه به وجهان:

أحدهما: لا يقبل كما لا يقبل إقراره باب لما فيه من إزاحته عن الميراث بالولاء لمن أعتقه.

والثاني: يقبل منه، لأنه قد أدخله تحت ولايته بخلاف الأب وإذا لحق اللقيط بالعبد لم يصر بذلك عبداً، لأنه في الرق تبعاً لأمه دون أبيه ولا يسمع قول العبد أنه من أمه، لأنه لا حق له في رقه وإنما يسمع ذلك من سيد أمة تدعيه ولداً لها ليصير له بهذه الدعوى عبداً فإن حضر من ادعى عليه هذه الدعوى كان على ما سنذكره في ادعاء رقه فلو كان العبد قد أعتق فادعى بعد عتقه ولداً فإن أمكنه أن يكون مولوداً بعد عتقه لحق به صدق السيد أو كذب وإن لم تكن ولادته بعد عتقه ففي لحوقه به مع تكذيب السيد وجهان مضيا.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا دَعْوَةَ لِلْمَرْأَةِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ».

قال في الحاوي: واختلف أصحابنا في تأويل هذه المسألة على ثلاثة أوجه وخلافهم فيها قديم حكاه أبو إسحاق المروزي وغيره.

فأحد الوجوه الثلاثة: أنه لا يقبل منها ادعاء اللقيط ولداً لنفسها إلا ببينة تشهد لها بولادته سواء كانت ذات زوج أو لم تكن بخلاف الرجل الذي يقبل منه دعوى نسبه وإن لم تكن له ببينة والفرق بين الرجل والمرأة أن لحوق الولد بالمرأة يمكن أن يعلم يقيناً بمشاهدتها عند ولادته فكانت دعواها أضعف لقدرتها على ما هو أقوى والرجل يلحق به الولد بغلبة الظن دون اليقين فجاز لضعف أسبابه أن يصير ولداً بمجرد الدعوى.

والوجه الثاني: أنها إن كانت ذات زوج لم يصر ولداً لها بمجرد الدعوى حتى يقيم بينة بولادته وإن كانت غير ذات زوج قبل منها وألحق بها، لأنها إذا كانت ذات زوج أوجب لحوقه بها أن يصير لاحقاً بزوجها، لأنها له فراش فلم يثبت ذلك إلا ببينة يثبت بها الفراش وإذا لم تكن ذات زوج فلحوقه بها لا يتعداها إلى غيرها كالرجل.

والوجه الثالث: أن مراد الشافعي بذلك أنه لا دعوة لها في إلحاقه بزوجها ولا في ادعائه لنفسها إلا ببينة تقيمها على ولادتها له رداً على طائفة زعمت أن المرأة إذا ادعت ولادة ولد على فراش الزوج كان قولها فيه مقبولاً وصار بالزوج لاحقاً فأما إذا أرادت أن تدعوه لنفسها ولداً فإنه يلحق بها بمجرد الدعوى كالرجل.

فصل: فإذا لحق بها على ما ذكرنا من هذه الوجوه الثلاثة لم يلحق بزوجها إلا أن يصدقها على ولادته فيصير حينئذٍ لاحقاً به بتصديقه، أو ببينة تقيمها على ولادته.

فصل: فلو قالت المرأة وقد ألحق بها الولد وأنكرها الزوج أن تكون ولدته على فراشه: أنا أريه القافة معك ليلحقوه بك لم يجز، لأن الولادة لا تثبت بالقافة لإمكان البينة.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ أَقَامَتِ امْرَأَتَانِ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ ابْنُهمَا لَمْ أَجْعَلْهُ ابْنَ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا حَتَّى أُرِيَهُ القَافَةَ فَإِنْ أَلْحَقُوهُ بِوَاحِدَةٍ لَحِقَ بِزَوْجِهَا وَلَا تَنْفِيهِ إِلَّا بِاللِّعَانِ. قَالَ المُزَنِيُّ: مَخْرَجُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا أَنَّ الوَلَدَ لِلْفِرَاشِ وَهُوَ الزَّوْجُ فَلَمَّا أَلْحَقَتْهُ القَافَةُ بِالمَرْأَةِ كَانَ زَوْجُهَا فِرَاشاً يَلْحَقُهُ وَلَدُهَا وَلَا يَنْفِيهِ إِلَّا بِلِعَانٍ».

قال في الحاوي: وصورة هذه المسألة في امرأتين تنازعتا في لقيط وادعته كل واحدة منهما ولداً فهذا على ضربين:

---

(١) انظر الأم (٣/١٣٦).

(٢) انظر الأم (٣/١٣٦).

أحدهما: أن لا يكون لهما مع التنازع بينة ففي سماع دعواهما ما ذكرنا من الثلاثة الأوجه:

أحدها: أنها غير مسموعة إلا ببينة سواء كانتا من ذوات الأزواج أو من الخلايا.

والثاني: أنهما إن كانتا من ذوات الأزواج لم تسمع دعواهما إلا ببينة وإن كانتا من الخلايا سمعت دعواهما بغير بينة وإن كان إحداهما ذات زوج والأخرى خلية كانت دعوى الخلية مسموعة ودعوى ذات الزوج مدفوعة إلا ببينة.

والثالث: أن دعواهما معاً مسموعة سواء كانتا من ذرات الأزواج أو الخلايا فعلى هذا إذا سمعت دعواهما وأقامتا على تنازعهما أو عدمت بينتاهما ففي الذي يحكم به فيهما وجهان:

أحدهما: أنهما يريان القافة مع الولد فبأيهما ألحقوه ألحق بها وفي لحوقه بزوجها وجهان:

أحدهما: يلحق به إلا أن ينفيه باللعان، لأن القافة كالبينة بخلاف الدعوى المجردة.

والثاني: أنه لا يلحق به كالدعوى المجردة إلا أن يصدقها على ولادته فيصير لاحقاً به فإن عدمت القافة كان الولد موقوفاً بينهما إلى أن ينتسب عند بلوغه زمان الانتساب إلى إحداهما ويكون حكمهما فيه كحكم الرجلين إذا تنازعاه على العمل على القافة وإن وجدوا أو انتساب الولد إن عدموا.

الوجه الثاني: وهو قول ابن أبي هريرة أنه لا مدخل للقافة في إلحاق الولد بأمه وإنما يحكم بهم في إلحاقهم بالأب دونها والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الولد يعرف أمه يقيناً فلم يحتج إلى الحكم بالشبه ولا يعرف أباه ظناً فاحتيج إلى الحكم بالشبه.

والثاني: وهو فرق استدلال أن حكم القافة لما فيه من مباينة الأصول فكان مقصوراً على ما ورد فيه النص من إلحاقه بالأب دون الأم ويكون تنازع المرأتين فيه يوجب وقوفه بينهما حتى ينتسب عند البلوغ إلى إحداهما، والوجه الأول أصح، لأن الله تعالى يقول: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا ٱلْإِنسَـٰنَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ﴾ [الإنسان: ٢] يعني إخلاطاً. قال الحسن البصري رحمه الله تعالى: لاختلاط ماء الرجل بماء المرأة. وقال تعالى: ﴿خُلِقَ مِن مَّآءٍ ﴿٦﴾ يَخْرُجُ مِنۢ بَيْنِ ٱلصُّلْبِ وَٱلتَّرَآئِبِ ﴿٧﴾﴾ [الطارق: ٦-٧] يعني أصلاب الرجال وترائب النساء وهي الصدور وقيل هي الأضلاع وقال النبي ﷺ: «إذا سبق ماء المرأة ماء الرجل كان الشبه للخؤولة، وإذا سبق ماء الرجل كان الشبه للعمومة»(١) فحصل للأم في الولد شبهاً كالأب، ولأن الولد

---

(١) تقدم تخريجه في النكاح.

بالأم أخص وكان الشبه أحق.

فصل: والضرب الثاني: أن يكون لهما عند التنازع فيه بينة تشهد على ولادته بأربع نسوة عدول فإن كانت البينة لإحداهما دون الأخرى حكم به لذات البينة ولحق بزوجها إلا أن ينفيه باللعان وإن أقامت كل واحدة منهما بينة على ولادته قال أبو حنيفة ألحقته بهما بالبينة وأجعله ابناً لكل واحدة منهما ولزوجها وأجعل منهما وزوجها أماً له وأباً قال وإنما قلت ذلك، لأن الضرورة عند امتناع الممتنعين إذا لم يترجح أحدهما يوجب الحكم بهما كاللعان قد امتنع به صدقهما ثم حكم به بينهما وكاختلاف المتبايعين إذا تحالفا عليه وقد أوجب فسخ العقد بينهما وإن علم بالضرورة أنه إحداهما فهذا القول مع خطئه مستحيل ومع استحالته شنيع واستحالة لحوقه بالاثنين أعظم من استحالة لحوقه بالأبوين، لأنه لا يمنع ماء الرجلين في رحم واحد ويمتنع خروق الولد الواحد في رحمين، وقد قال الله تعالى: ﴿إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔي وَلَدْنَهُمْ﴾ [المجادلة: ٢] فأخبر أن أمه هي التي تلده، فإن لحق الولد بهما اقتضى ذلك ولادتها وفي القول بهذا من الاستحالة ما تدفعه بذاته العقول ويمنع منه الحسن الفطن ولا يحتاج مع الملاحظة إلى دليل ولا مع التصور إلى تعليل وحسب ما هذه حالة اطراداً واستقباحاً لا سيما ما يقضي هذا القول أما مذهباً وأما إلزاماً إلى أن يصير الولد الواحد ملحقاً بنساء القبيلة ورجالها ثم بنساء المدينة ورجالها ثم بنساء الدنيا ورجالها ونعوذ باللّهِ من قول هذه نتجته ومذهب هذه قاعدته فأما اللعان فما حكمنا فيه بصدقها مستحيل وإنما علقنا عليه حكماً قد أسماه الصادق منهما اقتضى ذلك نفيه في أحدهما وأما التحالف في اختلاف المتبايعين فإنما أوجب إبطال ما اختلفا فيه دون إثباته.

فصل: فإذا تقرر أنه لا يلحق بهما مع تعارض البينتين فقد اختلف قول الشافعي في تعارض البينتين في الأملاك هل يستعملان أو يسقطان وله في ذلك قولان:

أحدهما: يستعملان بقسمة الملك بين المتداعيين.

والثاني: يستعملان بالقرعة بين البينتين، فإن قلنا باستعمال البينتين في الأملاك استعملناهما في الانتساب ولم يجز أن تستعملهما بالقسمة لاستحالة ذلك في النسب ولا بالقرعة مع وجود القافة لأن القافة أقوى وأوكد ووجب أن يكون استعمالهما بتمييز القافة بينهما فينظر إلى الولد والمرأتين فإن ألحقوه بإحداهما لحق بها بالبينة، وكان تمييز القافة ترجيحاً فعلى هذا يصير لاحقاً بعا وبزوجها إلا أن ينفيه باللعان وإن قلنا بإسقاط البينتين عند تعارضهما في الأملاك فهل يسقطان عند تعارضهما في الأنساب أم لا فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي أنهما يسقطان كالأملاك فعلى هذا يكون حكمهما كما لو تداعتاه ولا بينة لهما فيكون على ما مضى.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنهما لا يسقطان إذا تعارضتا في

الأنساب وإن سقطتا بتعارضهما في الأملاك والفرق بينهما أنهما لما تكافآ في الأملاك ولم يكن ما يترجح به إحداهما جاز أن يسقط ولما أمكن ترجيح أحدهما في الأنساب بالقافة ولم يسقطا وحكم لمن انضم إلى بينته بيان القافة.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا ووجدت القافة فألحقت الولد بإحداهما صار لاحقاً بها بالبينة لا بالدعوى فإن عدمت القافة أو أشكل عليهم لم يجز أن يقرع بين البينتين لوجود ما هو أقوى من القرعة وهو انتساب الولد إذا بلغ زمان الانتساب وفيه قولان:

أحدهما: إلى استكمال سبع أو ثمان.

والثاني: إلى بلوغ فإذا انتسب إلى إحداهما لحق بها وبزوجها، لأنه صار لاحقاً بها بالانتساب مع البينة وصار كالقافة مع البينة.

فصل: فلو ماتت واحدة منهما قبل انتساب الولد إلى أحدهما وقف من تركة الميتة ميراث ابن فإن انتسب إلى الميتة أخذ ما وقف له من تركتها وهو ميراث ابن وإن انتسب إلى الثانية منها رد ما وقف له من ميراث الميتة على ورثتها ولو مات زوج إحداهما وقف من تركته ميراث ابن لجواز أن ينسب إلى زوجته فيصير لاحقاً بها فإن انتسب إلى امرأة الميت أخذ ما وقف من تركة زوجها وإن انتسب إلى الأخرى رد ما وقف له من ميراث الميت على ورثته فلو ماتت إحدى المرأتين وزوج الأخرى وقف له من تركة الميتة ميراث ابن ومن تركة زوج الأخرى ميراث ابن فإن انتسب إلى الميتة أخذ ميراثها ورد ميراث زوج الباقية على ورثته وإن انتسب إلى الباقية أخذ ميراث زوجها ورد ميراث الميتة على ورثتها.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا ادَّعَى الرَّجُلُ اللَّقِيطَ أَنَّهُ عَبْدُهُ لَمْ أَقْبَلِ الْبَيِّنَةَ حَتَّى تَشْهَدَ أَنَّهَا رَأَتْ أَمَةَ فُلَانٍ وَلَدَتْهُ وَأَقْبَلَ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ وَإِنَّمَا مَنَعَنِي أَنْ أَقْبَلَ شُهُودَهُ أَنَّهُ عَبْدُهُ لأَنَّهُ قَدْ يُرَى فِي يَدِهِ فَيَشْهَدَ أَنَّهُ عَبْدُهُ. وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: إِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِهِ قَبْلَ التِقَاطِ الْمُلْتَقِطِ أَرْفَقْتُهُ لَهُ. قَالَ الْمُزَنِيُّ: هَذَا خِلَافُ قَوْلِهِ الأَوَّلِ وَأَوْلَى بِالحَقِّ عِنْدِي مِنَ الأَوَّلِ».

قال في الحاوي: وصورتها في رجل ادعى رق إنسان مجهول الحال وأنه عبده وليس وإن أقرّ صار عبداً له.

والثاني: أن تكون الدعوى على غير بالغ فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ممن لم يعلم أنه لقيط فيكون قول المدعي رقه مقبولاً ويحكم بأنه عبده ما لم تكن يد تدفعه أو مدع يقابله، لأن ما جهل حاله إذا لم يكن فيه منازع لم

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٦، ١٣٧).

يتوجه إليه اعتراض كمن وجد مالاً فادعاه ملكاً أقرّ على دعواه ما لم ينازع فيه فلو بلغ هذا الطفل الذي حكم برقه لمدعيه وأنكر الرق وادعى بالحرية لم يقبل منه بعد الحكم برقه كما لا يقبل منه إذا أنكر النسب بعد الحكم به فإن أقام بينة الحرية حكم بها ورفع رق المدعى عنه فإن طلب عند تعذر البينة عليه إحلاف المحكوم له برقه كان له ذلك، لأنها دعوى حرية قد استأنفها على سيده.

فصل: والضرب الثاني: أن تكون الدعوى برق لقيط فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قبل ذلك التقاطه ففي قبول دعوى المدعي لرقه وجهان:

أحدهما: يقبل كما يقبل منه ادعاء نسبه.

والوجه الثاني: وهو قول الأكثرين من أصحابنا أن قوله لا يقبل في رقه وإن قبل في نسبه.

والفرق بين الرق والنسب من وجهين:

أحدهما: أن في دعوى النسب حقاً له وحقاً عليه ودعوى الرق حق له لا عليه.

الثاني: أن النسب لا يمنع منه ظاهر الدار بل يقتضيه والرق يمنع منه ظاهر الدار وينافيه ويشبه أن يكون تخريج هذين الوجهين من اختلاف قوليه في حكم اللقيط فإن قيل إنه حر في الظاهر لم يحكم برقه للمدعي وإن قيل إنه مجهول الأصل حكم به.

فصل: والضرب الثاني: أن تكون دعوى رقه بعد التقاطه فلا تسمع هذه الدعوى إلا ببينة لا يختلف أصحابنا فيه سواء ادعاه ملتقطه أو غيره وفرق ما قبل التقاطه بعده أن قبل الالتقاط لم تستقر عليه يد وبعد الالتقاط قد استقرت عليه يد وإذا كان كذلك فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون مدعي رقه هو الملتقط.

والثاني: أن يكون غيره من الأجانب فإن كان المدعي هو الملتقط فلا يخلو من أحد أمرين أما أن تكون له بينة أو لا تكون فإن لم تكن له بينة كانت دعواه مردودة واللقيط على ظاهر الحرية لم يثبت عليه رق ويقر في يده مع ماله إن كان ولا ينزع منه وإن كان مدعياً لما استحقه من كفالته بالالتقاط هو الذي نقله المزني في جامعه الكبير والذي أراه أولى أن انتزاعه من يده واجب، لأنه قد خرج بدعوى رقه من الأمانة في كفالته وربما صارت عليه استدامة يده ذريعة إلى تحقيق رقه وإن كانت له بينة فعلى ضربين:

أحدهما: أن تشهد له باليد فلا يحكم بها، لأن اليد شاهدة وليس يحكم بها للعلم بسببها فلم يكن للشهادة بها تأثير.

والثاني: أن تشهد البينة له بالملك فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تصف سبب الملك على وجه يوجب الملك وذلك من أحد خمسة

أوجه إما ابتياع من مالك أو هبة قبضها من مالك أو ميراث عن مالك أو بسبي سباه فملكه أو ولدته أمته في ملكه فإن كانت البينة على البيع أو الهبة أو الميراث أو السبي حكم فيها بشاهدين أو شاهد وامرأتين أو شاهد ويمين ولا يحكم بشهادة النساء منفردات وإن كانت الشهادة على أن أمته ولدته سمع فيه أربع نسوة يشهدن على ولادتها في ملكه وتكون شهادتين بملك الأم عند الولادة تبعاً للشهادة بالولادة وإذا لم يكن في ملك الأم نزاع فإن نوزع في ملكه الأم لم تقبل شهادتين بملك الأم حتى يشهد بملكها شاهدان أو شاهد وامرأتان بالملك والولادة فيه قبل فأما إن شهدت البينة بولادته من أمته ولم تشهد بأن الولادة كانت في ملكه فهذا مما لم يذكر فيه سبب ملكه، لأنه قد يجوز أن تكون أمه قد ولدته في ملك غيره فإذا ثبت هذا وشهدت البينة له بسبب الملك الموجب للملك حكم بها وصار عبداً له.

والثاني: أن تشهد البينة له بالملك ولا تذكر سبب الملك ففي وجوب الحكم بها قولان:

أحدهما: أنه يحكم بها ويجعل اللقيط عبداً له ولا يلزم أن يسألوا عن سبب الملك كما لو شهدوا بملك مال لم يذكروا سبب ملكه كان جائزاً فكذلك في ملك اللقيط.

والثاني: أن لا يحكم بهذه الشهادة في اللقيط حتى يذكروا سبب ملكه ويحكم بها في غيره من الأموال وإن لم يذكروا سبب ملكه والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن حكم اللقيط أغلظ من سائر الأموال لما فيه من نقله عن ظاهر حاله في الحرية إلى ما تشهد له البينة من الرق وليس كذلك سائر الأموال، لأنها مملوكة في سائر الأحوال.

والثاني: أن اليد في الأموال تدل على الملك وفي اللقيط لا تدل على الملك فإن قيل فيجوز للشهود في الأموال أن يشهدوا فيها بالملك باليد وحدها قيل أما يد لم يقترن بها تصرف كامل فلا تجوز الشهادة بها في الملك وأما إذا اقترن بها تصرف فقد اختلف أصحابنا فحكى أبو علي الطبري في إفصاحه وجهين عن غيره ووجهاً ثالثاً عن نفسه.

أحد الوجهين: يجوز كما يجوز للحاكم والحكم أوكد من الشهادة.

والثاني: لا يجوز ذلك للشهود وإن جاز للحاكم، لأن للحاكم أن يجتهد وليس للشهود أن يجتهدوا.

والثالث: الذي حكاه عن نفسه أنه إن اقترن بمشاهدة اليد والتصرف سماع من الناس ينسبونه إلى ملكه جاز أن يشهدوا بالملك. وإن لم يسمعوا الناس ينسبونه إلى ملكه لم يجز أن يشهدوا بالملك وشهدوا باليد.

فصل: وإن كان المدعي لرق اللقيط أجنبياً غير الملتقط فإن لم تكن له بينته ردت

دعواه وإن كانت له بينة فعلى ضربين:

أحدهما: أن تشهد له بالملك فيكون على ما مضى في الشهادة للملتقط.

والثاني: أن تشهد له باليد قبل التقاطه ففي الحكم بها قولان:

أحدهما: لا يحكم بها لغير الملتقط كما لا يحكم بها للملتقط ولا تكون اليد عليه موجبة لملكه لما ذكرنا من تغليظ حاله فعلى هذا لا يحكم بها في ملكه لرقه ولكن يحكم بها في تقدم يده واستحقاق كفالته، لأن بينته تشهد بأن يده كانت عليه قبل يد ملتقطه فعلى ما حكاه المزني ينتزع من الملتقط ويسلم إليه ليكفله وعلى ما أراه أولى يمنع منه لئلا يصير ذريعة إلى استرقاقه.

والثاني: ذكره المزني في جامعه الكبير أنا نحكم له برقه مع الشهادة له باليد بخلاف يد الملتقط، لأن في إقرار الملتقط بأنه لقيط تكذيب لشهوده بأن اليد موجبة لملكه وليس من غير الملتقط إقرار يوجب هذا إلا أن المزني فيما نقله عن الشافعي في جامعه الكبير أنه قال بعد الحكم بالشهادة له باليد ويحلف أنه كان في يده رقيقاً له فإن لم يحلف لم أرقه له فاختلف أصحابنا في إحلافه مع البينة هل هو واجب أو استحباب على وجهين:

أحدهما: أنه واجب لينفي بها احتمال اليد أن تكون بغير ملك فإن نكل لم يحكم له برقه.

والثاني: أنها استحباب وليست بواجبة، لأن اليد إن أوجبت الملك أغنته عن اليمين إذا لم يكن منازع وإن لم توجب الملك لم يكن للشهادة بها تأثير ولأن في اليمين مع البينة اعتلالاً للشهادة.

فصل: فلو ادعى الملتقط بنوة اللقيط ألحق به ولم يكلف ببينة فلو ادعى غيره بعد ذلك رق اللقيط لم يسمع منه إلا ببينة لما ذكرنا من الفرق بين الرق والنسب وإذا أقامها صار ابناً للملتقط وعبداً للآخر لإمكان الأمرين ويكون السيد أولى بكفالته من الأب.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا بَلَغَ اللَّقِيطُ فَاشْتَرَى وَبَاعَ وَنَكَحَ وَأَصْدَقَ ثُمَّ أَقَرَّ بِالرِّقِّ لِرَجُلٍ أَلْزَمْتُهُ مَا يَلْزَمُهُ قَبْلَ إِقْرَارِهِ وَفِي إِلْزَامِهِ الرِّقَّ قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّ إِقْرَارِهِ يَلْزَمُهُ فِي نَفْسِهِ وَفِي الفَضْلِ مِنْ مَالِهِ عَمَّا لَزِمَهُ وَلَا يَصْدُقُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ وَمَنْ قَالَ أُصْدِقُهُ فِي الكُلِّ. قَالَ: لأَنَّهُ مَجْهُولُ الأَصْلِ وَمَنْ قَالَ القَوْلَ الأَوَّلَ قَالَهُ فِي امْرَأَةٍ نُكِحَتْ ثُمَّ أَقَرَّتْ بِمِلْكٍ لِرَجُلٍ لا أُصَدِّقُهَا عَلَى إِفْسَادِ النِّكَاحِ وَلَا مَا يَجِبُ عَلَيْهَا لِلزَّوْجِ وَأَجْعَلُ طَلَاقَهُ إِيَّاهَا ثَلَاثًا وَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيَضٍ وَفِي الوَفَاةِ عِدَّةُ أَمَةٍ لأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهَا فِي الوَفَاةِ حَقٌّ يَلْزَمُهَا لَهُ وَأَجْعَلُ وَلَدَهُ قَبْلَ الإِقْرَارِ وَلَدَ حُرَّةٍ وَلَهُ الخِيَارُ فَإِنْ أَقَامَ عَلَى النِّكَاحِ كَانَ وَلَدُهُ

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٧، ١٣٨).

رَقِيقاً وَأَجْعَلُ مِلْكَهَا لِمَنْ أَقَرَّتْ لَهُ بِأَنَّهَا أَمَتُهُ. قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَجْمَعَتِ الْعُلَمَاءُ أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِحَقٍّ لَزِمَهُ وَمَنْ ادَّعَاهُ وَلَمْ يَجِبْ لَهُ بِدَعْوَاهُ وَقَدْ لَزِمَتْهَا حُقُوقٌ بِإِقْرَارِهَا فَلَيْسَ لَهَا إِبْطَالُهَا بِدَعْوَاهَا».

قال في الحاوي: وصورة هذه المسألة في لقيط بلغ فجرت عليه أحكام الأحرار في عقوده وأفعاله اعتباراً بظاهر حاله في الحرية، لأنه ممكن من ذلك كله ولا يمنع منه بالإشكال سواء قيل إنه حرّ في الظاهر أو مجهول الأصل فإذا وجد ذلك منه وجرت أحكام الحرية عليه ظاهراً ثم جاء رجل فادعى رقه وأنه عبده فلا يخلو أن يكون له بينة تشهد له برقه أو لا يكون فإن أقام برقه بينة على ما تقدم من وصف البينة حكمنا له برقه وأجرينا عليه أحكام العبيد في الماضي من حاله وفي المستقبل فلما بطل من عقوده الماضية بالرق أبطلناه وما وجب استرجاعه من غرم أو مال استرجعناه وسواء في ذلك ما ضر غيره أو نفعه أو نفع غيره وضره، لأن البينة حجة عليه وعلى غيره وإن لم يكن للمدعي بينة فلا يخلو أن يقر اللقيط له بالرق أو ينكره فإن أنكره حلف له وهو على ظاهر حريته وإن أقر له بالرق فلا يخلو أن يكون قد اعترف قبل ذلك بالحرية أو لم يعترف فإن كان قبل ذلك قد اعترف بالحرية لم يقبل إقراره بالرق إلا أن تقوم بينة، لأن اعترافه بالحرية قد تعلق به حق الله تعالى وإن تضمنه حق لنفسه فلم يكن له إبطال حق الله تعالى وإن أبطل حق نفسه وإن لم يكن قد اعترف قبل ذلك بالحرية قبل إقراره بالرق سواء قيل بجهالة أصله أو بظاهر حريته، لأن إقراره على نفسه أقوى من حكم الظاهر ولأن الكفر بالله تعالى أغلظ من الرق ثم كان قوله لو بلغ مقبولاً في الكفر فأولى أن يكون مقبولاً في الرق.

فصل: فإذا ثبت أن إقراره بالرق مقبول أجريت عليه أحكام الرق في المستقبل وفي إجرائها عليه في الماضي قولان:

أحدهما: تجري عليه أحكام الرق في الماضي كما تجري عليه أحكامه في المستقبل، وهذا على القول الذي نجعله فيه مجهول الأصل ووجهه شيئان:

أحدهما: أن الرق أصل إذا ثبت تعلق في فرعه من أحكام فإذا ثبت أصله فأولى أن تثبت فروعه.

والثاني: أنه لما كان إقراره بالرق موجباً لإجراء أحكام الرق عليه في المستقبل كالبينة اقتضى أن يكون موجباً لذلك في الماضي كالبينة.

والثاني: أنه يجري عليه في الماضي أضر الأمرين به من أحكام الحرية أو الرق فما نفعه وضر غيره لا يقبل منه وما ضره ونفع غيره قبل منه وهذا على القول الذي نجعله فيه حراً في الظاهر ووجهه شيئان:

أحدهما: أن إقراره فيما ضر غيره متهوم فأمضى وإقراره فيما ينفعه متهوم فرد.

والثاني: أنه كما لم يملك إبطاله من العقود بغير الإقرار بالرق لم يملكه بالإقرار،

لأن لزومها يمنع من تملك فسخها.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين تفرع عليها ما مضى فمن ذلك هباته وعطاياه فإن قيل بنفوذ إقراره فيهما بطلت واستحق السيد استرجاعها وإن قيل برد إقراره فيهما بطلت واستحق استرجاعها أمضيت ولم يسترجع وليس للسيد إحلاف الموهوب له والمعطي إن أنكر.

فصل: ومن ذلك بيوعه وإجاراته إن قيل بنفوذ إقراره فيهما بطلت ولزم التراجع فيهما وإن قيل برد إقراره فيهما أمضيت ولا يراجع فيهما وما حصل بيده مما اشتراه لم يكن لسيده التصرف فيه، لأنه مقر أنه على ملك بائعه وله أن يتوصل إلى أخذ ثمنه منه فإن فضل منه لم يملكه.

فصل: ومن ذلك ديونه التي لزمته وهي على ضربين:

أحدهما: ما وجب باستهلاك وجناية فهي متعلقة برقبته على القولين معاً، لأن ذلك أضربه فنفذ إقراره فيه وإن ضاقت الرقبة عن غرم جميعه ففي تعلق الباقي بذمته بعد عتقه قولان إن قيل بنفوذ إقراره سقط ولم يلزم وإن قيل برد إقراره لزم في ذمته بعد عتقه.

والثاني: ما وجب عن معاملة من ثمن أو أجرة أو صداق فإن قيل بنفوذ إقراره تعلق ذلك بذمته بعد عتقه وكان السيد أحق بما في يده وإن قيل برد إقراره كان ذلك مستحقاً فيما بيده فما كان بإزائه جميع ما في يده في ديونه ولا شيء فيه لسيده، وإن كان أقل منه كان الباقي بعده في ذمته بعد عتقه فإن كان أكثر الفاضل منه لسيده وهو معنى قول الشافعي: أن إقراره يلزمه في نفسه وفي الفضل من ماله عما لزمه يعني من ديونه.

فصل: ومن ذلك نكاحه وذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون اللقيط عبداً فينكح امرأة.

والثاني: أن تكون امرأة فتنكح رجلاً فإن كان اللقيط عبداً فنكح امرأة فإن قيل بنفوذ إقراره فالنكاح باطل من أصله، لأنه مقرّ أنه نكح بغير إذن سيده فإن لم يدخل فلا شيء عليه وإن دخل بها فلها مهر المثل دون المسمى إلا أن يكون مهر المثل أكثر فلا تستحق إلا المسمى، لأنها تدعي الزيادة عليه وإن قيل برد إقراره بفسخ النكاح من وقته لإقرارها بتحريمها عليه ولم ينفسخ من أصله لقبول إقراره فيه فإن كان قبل الدخول فلها نصف المسمى وإن كان بعد الدخول فلها جميعه وإن كان اللقيط أمة فنكحت رجلاً فإن قيل بنفوذ إقرارها بطل النكاح، لأنها منكوحة بغير إذن سيدها سواء كان الزوج واحداً للطول أو لم يكن فإن لم يدخل بها فلا شيء لها وإن دخل بها فلها مهر المثل دون المسمى وكان أولادها منه أحراراً، لأنه أصابها على حرية أولادها فصارت كالغارة بحريتها لكن على الزوج قيمتهم لسيدها وفي رجوع الزوج بعد ذلك عليها بعد عتقها قولان كالمغرور وإن

قيل برد إقرارها لم يقبل قولها في فسخ النكاح سواء كان الزوج واحداً للطول أو لم يكن، لأن الزوج يدعي صحة العقد على حرة وجميع أولادها منه قبل الإقرار وبعده لأقل من ستة أشهر أحرار لا يلزم الزوج غرم قيمتهم وله الخيار في المقام معها لم استقر من حكم رقها فإن أقام عليها رق أولاده منها إذا وضعتهم لأكثر من ستة أشهر من وقت إقراره ثم إن لزمتها العدة على هذا القول الذي يرد إقرارها فيه فعلى ضربين: طلاق أو وفاة فإن كانت وفاة فعدة أمه شهران وخمس ليال، لأنها حق الله تعالى فقيل: قولها فيه على القولين معاً، وإن كانت عدة طلاق فعلى ضربين:

أحدهما: أن تملك فيها الرجعة فيلزمها ثلاثة أقراء، لأن حق الآدمي منها أقوى لثبوت رجعته فيها.

والثاني: أن لا يملك فيها الرجعة ففيه وجهان:

أحدهما: عدة أمة كالوفاة، لأنه لا يتعلق بها للزوج حق.

والثاني: وهو الظاهر من منصوص الشافعي أنها ثلاثة أقراء كما لو فيها الرجعة والفرق بين عدة الطلاق وعدة الوفاة أن عدة الطلاق يغلب فيها حق الآدمي، لأنها لا تجب على صغيرة ولا غير مدخول بها، لأن مقصودها الاستبراء وعدة الوفاة يغلب فيها حق الله تعالى لوجوبها على الصغيرة وغير المدخول بها ولأن المقصود بها التعبد، فأما الجناية منه وعليه فقد تقدم ذكرها وفيما استوفيناه من ذلك تنبه على ما أغفلنا فأما المزني فإنه اختار أن لا ينفذ إقراره في الماضي وإن نفذ في المستقبل وكان من استدلاله أن قال أجمعت العلماء أن من أقر بحق لزمه ومن ادعاه لم يجب له بدعواه.

وهذا القول صحيح غير أن الاستدلال به فاسد، لأن اللقيط لم يكن منه إقرار بالحرية فلا يقبل رجوعه عنه وإنما حمل أمره في الحرية على الظاهر وإقراره على نفسه أقوى فكان الحكم به أولى.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَوْ أُقِرَّ اللَّقِيطَ بِأَنَّهُ عَبْدٌ لِفُلَانٍ. وَقَالَ الفُلَانُ مَا مَلَكْتُهُ ثُمَّ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِالرِّقِّ بَعْدُ لَمْ أَقْبَلْ إِقْرَارَهُ وَكَانَ حُرًّا فِي جَمِيعِ أَحْوَالِهِ».

قال في الحاوي: وصورتها في لقيط بالغ ابتداء من غير دعوى فأقر برقه لزيد فأنكر زيد أن يكون مالكه فأقر اللقيط بعد ذلك برقه لعمرو فإقراره مردود وهو حر في الظاهر إلا أن تقوم بينة برقه لمالك فيحكم بها دون الإقرار.

وقال أبو العباس بن سريج: إقراره مقبول للثاني، وإن رده الأول كما كان إقراره

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٨).

مقبولاً للأول، وهكذا لو أنكره الثاني فأقر الثالث قبل منه، قال أهل العراق استدلالاً بأنه لو أقر بنسبه لرجل فرده ثم أقرّ بنسبه لغيره جاز، فكذلك إذا أقر برقه لرجل فرده ثم أقرّ به لآخر جاز وهكذا لو أقرّ بدار في يده لرجل فردّ إقراره ثم أقرّ بها لغيره نفذ إقراره، فكذلك في الرق، لأنه لا يخلو من أن يجري مجرى النسب وقد ذكرنا جواز ذلك فيه أو مجرى المال وقد ذكرنا جوازه فيه، وهذا الذي قاله أبو العباس ومن وافقه من أهل العراق خطأ من وجهين:

أحدهما: أن إقراره بالرق للأول إقرار بأنه لا رق عليه لغير الأول فإذا رد الأول الإقرار فقد رفع رقه عنه بالإنكار فصار إقراره بالرق إذا رد كالعتق فلم يجز أن يقرّ بعد الرق.

والثاني: أن في الحرية حقاً للَّهِ تعالى وحق للآدمي فصار أغلظ من حق الله تعالى إذا تجرد من حق الآدمي إذا انفرد فلم يكن لمن جرى حكمه عليه أن يدفعه عن نفسه فأما ما استدل به من إقراره بالنسب فقد كان بعد أصحابنا يضيق عليه الفرق بينهما فيجعل الحكم فيهما سواء ويقول إذا رد إقراره بالنسب لم أقبله إذا أقر به من بعد كما لو رد في العتق لم أقبله من بعد وذهب سائر أصحابنا إلى أنه يقبل في النسب ولا يقبل في الرق والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن إنكاره الرق يقتضي أن لا رق وليس إنكاره للنسب موجباً لرفع النسب.

والثاني: أن من أنكر شيئاً أقرّ به قبل ومن أنكر الرق ثم أقرّ به لم يقبل منه، وأما الإقرار بالدار فإذا ردّه المقرّ له لم يقبل إقرار المقر بها لغيره وإنما جعل الثاني أحق بها من حيث إنه لا منازع له فيها ولا بد لكل ملك من مالك وليس كذلك اللقيط، لأنه قد يكون حراً وليس له مالك.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا قيل للثاني إن أقمت البينة على رقه حكم لك به، لأن البينة توجب رقه وإن كان معترفاً بالحرية فكانت بإثبات رقه في هذه الحال أولى.

فصل: ولو أن لقيطاً أقرّ بالبنوة لرجل ثم أقرّ بالرق بعده لآخر قبلنا إقراره لهما بالبنوة والرق، لأنه ليس يمتنع أن يكون ابناً لزيد وعبداً لعمرو ولو ابتدأ فأقر بالرق لرجل ثم أقرّ بعده بالبنوة لآخر نفذ إقراره بالرق المتقدم فلم ينفذ إقراره بالبنوة المتأخرة، لأن العبد لا يقبل إقراره بأب إلا بتصديق السيد لما فيه من إبطال الإرث بالولاء وليس كذلك إذا قدم الإقرار بالأب ثم أقرّ بعده بالرق.

فصل: وإذا تنازع الرجلان طفلاً وادعاه كل واحد منهما ابناً ثم سلمه أحدهما إلى الآخر واعترف بأبوته فإن كان تنازعهما في نسبه لاشتراكهما في الفراش لم يقبل تسليمه

إليه وإن كان لاشتراكهما في التقاطه قبل وصار ابناً لمن سلم إليه دون من سلمه، والفرق بينهما أن الحادث عن الفراش ملحق بغير دعوى واللقيط لا يلحق إلا بالدعوى فلو رجع من سلم إليه وجعله ابناً له وسلمه إلى غيره واعترف له بأبوته لم يجز، لأنه قدمكم له بعد التسليم بأبوته فلم يجز أن يدفعه عن نفسه ولا أن ينفيه باللعان لاعترافه به وهكذا لو تفرد رجل بالتقاطه وادعى بنوته ثم سلمه بعد ادعاء البنوة إلى غيره ولداً لم يجز وصار لازماً للأول لإلحاقه به فلو تنازع نسبه رجلان ثم تركاه معاً راجعين عن ادعاء نسبه لم يجز ورأينا فيما رأياه للقافة وألحقناه بمن ألحقوه به ولو سلمه المتنازعان إلى ثالث استحدث دعوى نسبه لم يجز لأنهما بالتنازع الأول قد اتفقا على أن نسبه لا يخرج عنهما ثم ينظر في الثالث فإن ألحقته القافة به صار بإلحاق القافة لاحقاً به لا بالتسليم وإن نفوه عنه وجب إلحاقه بأحد الأولين إما بالقافة أو بالتسليم والله أعلم.

كتاب الفرائض

قال في الحاوي: حقيق بمن علم أن الدنيا منقرضة، وأن الرزايا قبل الغايات معترضة، وأن المال متروك لوارث، أو مصاب بحادث، أن يكون زهده فيه أقوى من رغبته، وتركه له أكثر من طلبته، فإن النجاة منها فوز والاسترسال فيها عجز، أعاننا الله على العمل بما نقول، ووقفنا الحسن القبول إن شاء الله.

ولما علم الله عز وجل أن صلاح عباده فيما اقتنوه مع ما جبلوا عليه من الضن به والأسف عليه أن يكون مصرفه بعدهم معروفاً، وقسمه مقدراً مفروضاً؛ ليقطع بينهم التنازع والاختلاف، ويدوم لهم التواصل والائتلاف. جعله لمن تقاست أنسابهم وتواصلت أسبابهم لفضل الحنو عليهم، وشدة الميل إليهم، حتى يقل عليه الأسف، وليستقل به الخلف، فسبحان من قدر وهدى، ودبر فأحكم، وقد كانت كل أمة تجري من ذلك على عادتها، وكانت العرب في جاهليتها يتوارثون بالحلف والتناصر كما يتوارثون بالأنساب؛ طلباً للتواصل به، فإذا تحالف الرجلان منهم قال كل واحد منهما لصاحبه في عقد حلفه هدمي هدمك، ودمي دمك، وسلمي سلمك، وحربي حربك، وتنصرني وأنصرك. فإذا مات أحدهما ورثه الآخر، فأدرك الإسلام طائفة منهم فروى جبير بن مطعم قال: قال الرسول ﷺ: «لا حلفاً في الإسلام وإنما حلف كان في الجاهلية لم يزده الإسلام إلا شدة» فجعل الحلف في صدر الإسلام بمنزلة الأخ للأم فأعطى السدس، ونزل فيه ما حكاه أكثر أهل التفسير في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النِّساء: ٣٣] ثم نسخ ذلك بقوله عز وجل: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ اللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٦]، ﴿إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [الأنفال: ٧٥].

فصل: وكانوا في الجاهلية لا يورثون النساء والأطفال ولا يعطون المال إلا لمن حما وغزا فروى ابن جريج عن عكرمة أن أم كجة وبنت كجة وثعلبة وأوس بن سويد وهم من الأنصار، وكان أحدهما زوجها والآخر عم ولدها، فمات زوجها فقالت أم كجة: يا رسول الله توفي زوجي وتركني وبنيه فلم نورث فقال عم ولدها يا رسول الله إن ولدها لا يركب فرساً ولا يحمل كلاً ولا ينكأ عدواً يكسب عليها ولا تكتسب[1] فأنزل الله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَٰلِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَٰلِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ۝٧﴾ [النِّساء: ٧].

(١) أخرجه ابن جرير، وابن المنذر، وابن أبي حاتم كما في الدر المنثور للسيوطي (٢/ ١٢٢).

واختلف أهل التفسير في قوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُوا۟ ۖ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَ﴾ [النِّسَاء: ٣٢] على قولين:

أحدهما: يعني: للرجال نصيب مما اكتسبوا من ميراث موتاهم، وللنساء نصيب منه، ، لأن الجاهلية لم يكونوا يورثوا النساء، وهذا قول ابن عباس.

والثاني: للرجال نصيب من الثواب على طاعة الله والعقاب على معصية الله، وللنساء نصيب مثل ذلك في أن للمرأة بالحسنة عشر أمثالها، ولا تجزىء بالسيئة إلا مثلها كالرجل وهذا قول قتادة.

فصل: وكان المسلمون قبل الهجرة إذا حضر أحدهم الموت قسم ماله بين أهله وأقاربه ومن حضره من غيرهم كيف شاء وأحب، ميراثاً ووصية، وفيه نزل قول الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾﴾ [البَقَـرَة: ١٨٠]، واختلف أهل التفسير في قوله تعالى: ﴿وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ﴾ [الإسرَاء: ٢٦] قولين:

أحدهما: أنهم قرابة الميت من قبل أبيه ومن قبل أمه فيما يعطيهم من ميراثه، والمسكين وابن السبيل فيما يعطيهم من وصيته، وهذا قول ابن عباس.

والثاني: أنهم قرابة رسول الله ﷺ وهذا قول علي بن الحسن والسدي، ثم توارث المسلمون بعد الهجرة بالإسلام، فكان إذا ترك المهاجر أخوين أحدهما مهاجر والآخر غير مهاجر كان ميراثه للمهاجرون من لم يهاجر، ولو ترك عماً مهاجراً وأخاً غير مهاجر كان ميراثه للعم دون الأخ.

قال ابن عباس: وفي ذلك نزل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَهَاجَرُوا۟ وَجَٰهَدُوا۟ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلَّذِينَ ءَاوَوا۟ وَّنَصَرُوٓا۟ أُو۟لَٰٓئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ۚ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَلَمْ يُهَاجِرُوا۟ مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَىْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا۟﴾ [الأنفَال: ٧٢] قال ابن عباس: ثم أكد الله تعالى ذلك بقوله: ﴿إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُن فِتْنَةٌ فِى ٱلْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ﴾ [الأنفَال: ٧٣] يعني: أن لا تتوارثوا بالإسلام والهجرة فكانوا على ذلك حتى نسخ ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأُو۟لُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُهَٰجِرِينَ إِلَّآ أَن تَفْعَلُوٓا۟ إِلَىٰٓ أَوْلِيَآئِكُم مَّعْرُوفًا﴾ [الأحزَاب: ٦] يعني: الوصية لمن لم يرث ﴿كَانَ ذَٰلِكَ فِى ٱلْكِتَٰبِ مَسْطُورًا﴾ [الأحزَاب: ٦] وفيه تأويلان:

أحدهما: كان توارثكم بالهجرة في الكتاب مسطوراً.

والثاني: كان نسخة في الكتاب مسطوراً.

فصل: ثم إن الله تعالى فرض المواريث وقدرها وبين المستحقين لها في ثلاث آي من سورة النساء، نسخ بهن جميع ما تقدم من المواريث، فروى داود بن قيس عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله أن امرأة سعد بن الربيع قالت: يا رسول الله: إن سعداً هلك وترك بنتين وقد أخذ عمهما مالهما فلم يدع لهما مالاً إلا أخذه، فما ترى يا رسول الله؟ فوالله لا ينكحان أبداً إلا ولهما مال، فقال رسول الله ﷺ: «يقضي الله

في ذلك» فنزلت سورة النساء: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ﴾ [النِّسَاء: ١١] الآية. فقال رسول الله ﷺ: «ادعوا إليَّ المرأة وصاحبها» فقال للعم: «أعطهما الثلثين وأعط أمهما الثمن وما بقي فلك»[(١)]. وروى ابن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال: مرضت فأتاني رسول الله ﷺ يعودني هو وأبو بكر ماشين وقد أغمي عليَّ فلم أكلمه فتوضأ ثم صبه عليَّ، فأفقت فقلت: يا رسول الله، كيف أصنع في مالي ولي أخوات؟ قال: فنزلت: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ﴾ [النِّسَاء: ١٧٦] إلى آخر السورة[(٢)]. وقال ابن سيرين: نزلت هذه الآية على رسول الله ﷺ وهو يسير وإلى جنبه حذيفة بن اليمان فبلغها رسول الله ﷺ حذيفة، وبلغها حذيفة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما وهو يسير خلفه[(٣)]. فبين الله تعالى في هذه الآي الثلاث ما كان مرسلاً، وفسر فبين ما كان مجملاً، وقدرت الفروض ما كان مبهماً، ثم بين بسنته ﷺ ما احتيج إلى بيانه، ثم قال بعد ذلك: «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»[(٤)].

رواه شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة عن النبي ﷺ، ثم دعا إلى علم الفرائض وحث عليه؛ لأنهم كانوا على قرب عهد بغيره، ولأن لا يقطعهم عنه التشاغل بعلم ما هو أعم من عباداتهم المترادفة أو معاملاتهم المتصلة فيؤول ذلك إلى انقراض الفرائض، فروى أبو الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «تعلموا الفرائض فإنها من دينكم وإنه نصف العلم وإنه أول ما ينتزع من أمتي، وإنه ينسى»[(٥)]. وروى أبو الأحوص عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإني امرؤ مقبوض وإن العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة لا يجدان من يخبرهما به»[(٦)] وروى عبد الرحمٰن بن رافع التنوخي عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال: «العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل آية محكمة أو سنة ماضية أو فريضة عادلة»[(٧)].

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٥٢)، وأبو داود (٢٨٩١)، والترمذي (٢٠٩٢)، وابن ماجه (٢٧٢٠)، والحاكم (٤/ ٣٣٢، ٣٣٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٣١٢).

(٢) أخرجه البخاري (٦٧٢٣)، ومسلم (١٦١٦/ ٥)، وأبو داود (٢٨٨٦)، وابن ماجه (٣٧٢٨)، وأحمد (٣/ ٣٠٧).

(٣) أخرجه البزار كما في «مجمع الزوائد» (٧/ ١٣)، وقال الهيثمي: «ورجاله رجال الصحيح غير أبي عبيدة بن حذيفة ووثقه ابن حبان.

(٤) أخرجه أبو داود (٢٨٧٠)، والنسائي (٣٦٤٣)، وابن ماجه (٣٥٦٥)، والترمذي (٢١٢٠، ٢١٢١)، وأحمد (٤/ ٢٣٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٢٠٢)، وفي «معرفة السنن» (٣٩٠١).

(٥) أخرجه ابن ماجه (٢٧١٩)، والحاكم (٤/ ٣٣)، وسكت عنه، والدارقطني (٤/ ٦٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢١٧٥).

(٦) أخرجه النسائي (٦٣٠٥، ٦٣٠٦)، والدارمي (١/ ٨٣)، والدارقطني (٤/ ٨١)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢١٧٣، ١٢١٧٤).

(٧) أخرجه أبو داود (٢٨٨٥)، والدارقطني (٤/ ٦٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢١٧٢).

وقال ﷺ: «أفرضكم زيد» فاختلف الناس في تأويله على أقاويل:

أحدها: أنه قال ذلك حثاً لجماعتهم على مناقشة والرغبة فيه كرغبته؛، لأن زيداً كان منقطعاً إلى الفرائض بخلاف غيره.

والثاني: أنه قال له ذلك تشريفاً وإن شاركه عيره فيه كما قال أقرؤكم أبي، وأعرفكم بالحلال والحرام معاذ، وأصدقكم لهجة أبو ذر، وأقضاكم علي ومعلوم أن أعرف الناس هو أعرفهم بالفرائض وبالحلال والحرام، لأن ذلك من جملة القضاء.

والثالث: أنه أشار بذلك إلى جماعة من الصحابة كان أفرضهم زيد، ولو كان ذلك على عموم جماعتهم لما استجاز أحد منهم مخالفته.

والرابع: أنه أراد بذلك أنه أشد منهم عناية به، وحرصاً عليه، وسؤالاً عنه.

والخامس: أنه قال ذلك؛، لأنه كان أصحهم حساباً، وأسرعهم جواباً، ولأجل ما ذكرناه من هذه المعاني أخذ الشافعي في الفرائض بقول زيد.

فصل: إذا وضح ما ذكرنا فالميراث مستحق بنسب وسبب، فالنسب الإبوة والبنوة ما تفرع عليها، ولسبب نكاح وولاء.

والوارثون من الرجال عشرة: الابن وابن الابن وإن سفل، والأب والجد وإن علا، والأخ وابن الأخ، والعم وابن العم، والزوج ومولى النعمة، ومن لا يسقط منهم بحال ثلاثة: الابن والأب والزوج.

والوارثات من النساء سبع: البت وبنت الابن وإن سفلت، والأم والجدة وإن علت، والأخت والزوجة ومولاة النعمة، ومن لا يسقط منهن بحال ثلاث: الأم والبنت والزوجة.

وأما من لا يرث بحال فسبعة: العبد، والمدبر، والمكاتب، وأم الولد، وقاتل العمد، والمرتد، وأهل ملتين، وسنذكر في نظم الكتاب ما يتعلق من خلاف وحكم.

فصل: والورثة على أربعة أقسام:

أحدها: من يأخذ بالتعصيب وحده فلا يثبت لهم فرض ولا يتقدر لهم سهم، وهم البنون وبنوهم، والإخوة وبنوهم، والأعمام وبنوهم، فإن انفردوا بالتركة أخذوا جميعاً، وإن شاركهم ذو فرض أخذوا ما بقي بعده، ولا تعول فريضة يرثون فيها.

والثاني: من يأخذ بالفرض وحده وهم خمسة: الزوج والزوجة والأم والجدة والإخوة للأم.

والثالث: من يأخذ بالقرض تارة وبالتعصيب أخرى وهم ثلاثة أصناف: بنات الصلب، وبنات الابن، والأخوات، يأخذن بالفرض إذا انفردن وبالتعصيب إذا شاركهم الإخوة.

والرابع: من يأخذ بالفرض تارة، وبالتعصيب تارة أخرى، وبهما في الثالثة وهم

الآباء والأجداد يأخذون مع ذكور الأولاد بالفرض، وبالتعصيب مع عدمهم وبالفرض والتعصيب مع إناثهم.

فصل: أربعة من الذكور يعصبون أخواتهم وهم: الابن، وابن الابن، والأخ للأب والأب والأخ للأب، وأربعة يسقطون أخواتهم: ابن الأخ، والعم، وابن العم، وابن المولى، وأربعة ذكور يرثون نساء لا يرثنهم بفرض ولا تعصيب: ابن الأخ يرث عمته ولا ترثه، والعم يرث ابنة أخيه، ولا ترثه، وابن العم يرث بنت عمه ولا ترثه، والمولى يرث عتيقه ولا يرثه، وامرأتان ترثان ذكران ولا يرثانهما بفرض ولا تعصيب: أم الابن ترث ابن ابنتها ولا يرثها، والمولاة ترث عتيقها ولا يرثها، والرجل يرث من النساء سبع ومن الرجال تسعة؛، لأن الزوج لا يرثه رجل والمرأة ترث من الرجال عشرة ومن النساء ست؛، لأن الزوجة لا ترثها امرأة.

باب من لا يرث

مسألة(١):

قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَهُوَ مِنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ: «لَا تَرِثُ الْعَمَّةُ وَالخَالَةُ وَبِنْتُ الأَخِ وَبِنْتُ العَمِّ وَالجَدَّةِ أُمُّ أَبِ الأُمِّ وَالخَالُ وَابْنُ الأَخِ لِلأُمِّ وَالعَمُّ أَخُو الأَبِ لِلأُمِّ وَالجَدُّ أَبُو الأُمِّ وَوَلَدُ البِنْتِ وَوَلَدُ الأُخْتِ وَمَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُمْ».

قال في الحاوي: وإنما بدأ الشافعي بذوي الأرحام؛ لأنهم عنده لا يرثون مع وجود بيت المال، فبدأ بهم لتقديمه ذكر من لا يرث من الكافرين والمملوكين وذوو الأرحام هم: من ليس بعصبة ولا ذي فرض على ما سنذكره من عددهم وتفصيل أحوالهم، وقد اختلف الصحابة والتابعون والفقهاء في توزيعهم إذا كان بيت المال موجوداً فذهب الشافعي إلى أنه لا ميراث لهم وأن بيت المال أولى منهم، وبه قال من الصحابة زيد بن ثابت وإحدى الروايتين عن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما.

ومن الفقهاء مالك وأكثر أهل المدينة والأوزاعي وأكثر أهل الشام وداود بن علي.
وقال أبو حنيفة: ذوو الأرحام أولى بالميراث من بيت المال.

وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود، وإحدى الروايتين عن عمر بن الخطاب رضي الله عنهم.

ومن التابعين عمر بن عبد العزيز، والحسن البصري، وشريح والشعبي، وطاوس، ومن الفقهاء، أهل العراق، وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه غير أن أبا حنيفة قدم

---

(١) انظر هامش الأم (٣/١٣٨).

المولى على ذوي الأرحام وخالفه تقدمه فقدموا ذوي الأرحام على المولى، واستدلوا على توريث ذوي الأرحام بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأحزَاب: ٦]. فلم يجز أن يدفعوا عن الميراث، وقد جعلهم الله تعالى أولى به، ولرواية طاوس عن عائشة رضي الله عنهما وأبي أمامة عن عمر جميعاً رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «الله ورسول مولى من لا مولى له، والخال وارث من لا وارث له»(١). وبرواية المقداد بن معديكرب عن النبي ﷺ أنه قال: «الخال وارث من لا وارث له»(٢).

وبرواية واسع بن حبان قال: توفي ثابت بن الدحداح ولم يدع وارثاً ولا عصبة فرفع إلى النبي ﷺ فسأل عنه عاصم بن عدي هل ترك من أحد؟ فقال ما نعلم يا رسول الله ترك أحداً فدفع رسول الله ﷺ ماله إلى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر(٣)، ورواية الزهري أن النبي ﷺ قال: «العم والد إذا لم يكن دون أب والخالة والدة إذا لم يكن دونها أم»(٤). قالوا: ولأن كل من أدلى بوارث كان وارثاً كالعصبات، قالوا: ولأن اختصاص ذوي الأرحام بالرحم لا يوجب سقوط إرثهم كالجدة، قالوا: ولأن ذوي الأرحام قد شاركوا المسلمين في الإسلام وفضلوهم بالرحم، فوجب أن يكونوا أولى منهم بالميراث كالمعتق لما ساوى كافة المسلمين في الإسلام وفضل عليهم بالعتق وصار أولى منهم بالميراث وكالأخ للأب والأم لما ساوى الأخ للأب وفضله بالأم كان أولى بالإرث.

ودليلنا: رواية شرحبيل بن سلم عن أبي أمامة عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»(٥) فأشار إلى ما في القرآن من المواريث وليس فيه لذوي الأرحام شيء. وروى عطاء بن يسار أتى رجل من أهل العالية فقال: يا رسول الله إن رجلاً هلك وترك عمة وخالة فقال: اللهم رجل ترك عمه وخاله ثم سكت هنيهة ثم قال: لا أرى نزل على شيء لا شيء لهما»(٦).

وروى زيد بن أسلم عن علي أن النبي ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمة والخالة فنزل عليه أن لا ميراث لهما(٧).

---

(١) أخرجه الترمذي (٢١٠٣) من حديث عمر رضي الله عنه، ومن حديث عائشة رضي الله عنها، أخرجه الترمذي (٢١٠٤)، والنسائي (٦٣٥٢)، والدارقطني (٤/ ٨٥).
(٢) أخرجه أحمد (١/ ٢٨، ٤٦)، وأبو داود (٢٩٠٠)، والترمذي (٢١٠٣)، وابن ماجه (٢٦٣٤)، وابن حبان (١٢٢٥، ١٢٢٧٢)، والدارقطني (٤/ ٨٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٢٠٩).
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٢١٧).
(٤) انظر: نصب الراية (٣/ ٢٦٨)، وكشف الخفاء (٢/ ٩٠).
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) أخرجه الدارقطني (٤/ ٩٨)، والحاكم (٤/ ٣٤٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٢٠٣).
(٧) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٢٠٤).

وروى عمران بن سليمان أن رجلاً مات فأتت بنت أخته النبي ﷺ في الميراث فقال: لا شيء لك اللهم من منعت ممنوع اللهم من منعت ممنوع(١).

ثم الدليل من طريق المعنى هو أن مشاركة الأنثى لأخيها أثبتت في الميراث في انفرادها. ألا ترى أن بنات الابن يسقطن مع البنين وإن شاركهن ذكورهن وصرن به عصبة فلما كان بنات الإخوة والأعمام يسقطون مع إخوتهن كان أولى أن يسقطن بانفرادهن وتحريره قياساً إن كان أنثى أسقطها من في درجتها بالإدلاء سقطت بانفرادها كابنة المولى، ولأن كل من أسقطه المولى لم يرث بانفراده كالعبد والكافر؛ ولأن كل ولادة لم يحجب بها الزوجين إلى أقل الفرضين لم يورث بها كالولادة من زنى؛ ولأنه وارث فوجب أن يكون من مناسبه من لا يرث كالمولى يرث ابنه ولا يرث بنته؛ ولأن المسلمين يعقلون عنه فوجب أن يسقط بهم ذوو الأرحام كالمولى.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥] فمن أربعة أوجه:

أحدها: أن المقصود بالآية نسخ التوارث بالحلف والهجرة ولم يرد بهما أعيان من يستحق الميراث من المناسبين لنزولهما ما قبل أي المواريث.

والثاني: أن قولهم: ﴿بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥] دليل على أن ما سوى ذلك البعض ليس بأولى؛، لأن التبعيض يمنع من الاستيعاب.

والثالث: أنه قال: ﴿فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٦] وكان ذلك مقصوراً على ما فيه وليس لهم فيه ذكر فدل على أن ليس لهم في الميراث حق.

والرابع: أن قوله: ﴿أَوْلَىٰ﴾ [الأحزاب: ٦] محمول على ما سوى الميراث من الحصانة وما جرى مجراها دون الميراث إذ ليس في الآية ذكر ما هم به أولى.

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «الخال وارث من لا وارث له»(٢) فمن وجهين:

أحدهما: أن هذا الكلام موضوع في لسان العرب للسلب والنفي لا للإثبات، وتقديره أن الخال ليس بوارث كما تقول العرب الجوع طعام من لا طعام له والدنيا دار من لا دار له والصبر حيلة من لا حيلة له يعني أن ليس طعام ولا دار ولا حيلة.

والثاني: أنه جعل الميراث للخال الذي يعقل وإنما يعقل إذا كان عصبة ونحن نورث الخال إذا كان عصبة وإنما الاختلاف في خال ليس بعصبة فكان دليل اللفظ يوجب سقوط ميراثه.

فأما الحواب عن دفعه ميراث أبي الدحداح إلى ابن أخته فهو أنه أعطاه ذلك

---

(١) لم أجده.
(٢) تقدم تخريجه.

لمصلحة رآها لا ميراثاً، لأنه لما قيل لا وارث له دفعه إليه على أنها قضية عين قد يجوز أن يخفي سببها فلا يجوز ادعاء العموم فيها وكان ذلك كالذي رواه عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس أن رجلاً مات ولم يدع وارثاً إلا غلاماً له كان أعتق فقال رسول الله ﷺ: «هل له أحد» قالوا: لا إلا غلاماً له كان أعتقه فجعل رسول الله ﷺ ميراثه له(١). ومعلوم أنه لا يستحق ميراثاً لكل فعل ذلك لمصلحة رآها وروى عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: مات رجل من خزاعة فأتى النبي ﷺ بميراثه فقال: «التمسوا له وارثاً أو ذات رحم» فلم يجدوا له وارثاً ولا ذات رحم فقال النبي ﷺ: «أعطوه الكبر من خزاعة»(٢) فميز ﷺ بين الوارث وذي الرحم فدل على أنه غير وارث ثم دفع ميراثه إلى الكبر من قومه وليس ذلك بميراث مستحق وهكذا ما دفعه إلى ابن الأخت والخال، لأنه رأى المصلحة في إعطائهم أظهر منها في إعطاء غيرهم وأما الجواب عن قوله ﷺ: «الخالة والدة إذا لم يكن دونها أم». فهو أنه محمول على ما سوى الميراث من الحضانة وإلا فليست الخالة كالأم عند عدمها في الميراث إذا كان هناك وارث فعلم أن مراده به غير الميراث فأما قياسهم بعلة أنه يدلى بوارث فمنتقض ببنت المولى ثم المعنى في العصبة تقديم على المولى.

وأما قياسهم على الجدة فالمعنى فيها: أنها لما شاركت العصبة كانت وارثة وليس ذوو الأرحام مثلها.

وأما الجواب عن قولهم أنهم ساووا جميع المسلمين وفضلوهم بالرحم فهو أنه استدلال يفسد ببنت المولى، لأنها قد فضلتهم مع المساواة ثم لا تقدم عليهم على أن المسلمين فضلوهم بالتعصب لأنهم يعقلون وكانوا أولى بالميراث، فإن قيل: لا يجوز أن يكون المسلمون ورثته لجواز وصيته لهم والوصية لا تجوز لوارث قيل: هذا باطل بمن لا وارث له، لأن المسلمين ورثته بإجماع وتجوز الوصية لكل واحد منهم على أن الوصية إنما لا تجوز لوارث معين وليس في المسلمين من يتعين في استحقاق ميراثه، لأنه معروف في مصالح جميعهم والله أعلم.

فصل: وإذ قد مضى الكلام في ذوي الأرحام فالرد ملحق به، لأن الخلاف فيهما واحد وكل من قال بتوريث ذوي الأرحام قال بالرد وكل من منع من توريث ذوي الأرحام منع من الرد.

والرد: هو أن تعجز سهام الفريضة عن استيفاء جميع التركة فلا يكون معهم عصبة كالبنت التي فرضها النصف إذا لم يشاركها غيرها وقد بقي النصف بعد فرضها فهل يرد

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٠٥)، وعبد الرزاق (١٦١٦٩).

(٢) أخرجه أحمد (٥/ ٣٤٧)، وأبو داود (٢٩٠٤)، والحاكم (٤/ ٦٨٤).

عليها أم يكون لبيت المال وليس لها غير فرضها اختلف الفقهاء فمذهب الشافعي: أن الباقي من التركة بعد سهام ذوي الفروض يكون لبيت المال ولا يرد على ذوي الفروض إذا كان بيت المال موجوداً وبه قال زيد بن ثابت وهو مذهب مالك وأهل المدينة وداود.

وقال أبو حنيفة: يرد ما فضل من سهام ذوي الفروض عليهم وهم به أولى من بيت المال وبه قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما وأكثر التابعين والفقهاء على خلاف بينهم في مستحقي الرد منهم، واستدلوا جميعاً بوجوب الرد وتقديمهم على بيت المال بما تقدم من عمرو قوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥] وبما روي أن سالماً مولى أبي حذيفة قتل يوم القيامة فترك أمه فورثها عمر رضي الله عنه ماله كله قالوا: ولأن كل مناسب ورث بعض المال مع غيره جاز أن يرث جميعه إذا انفرد بنفسه كالعصبة، قالوا: ولأنه لما جاز أن ينفقوا من فروضهم بالعدل عند زيادة الفروض على التركة جاز أن يزادوا بالرد عند عجز الفروض عن التركة.

ودليلنا هو أن الله تعالى لما قسم فروض ذوي الفروض سماه في ثلاث آي من كتابه قال النبي ﷺ: «قد أعطى الله كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»[١] فدل على أن من سمي له فرضاً فهو قدر حقه وذلك يمنع من الزيادة عليه، ولأن كل من لم يورث مع غيره إلا بالفرض لم يورث مع عدم غيره إلا ذلك الفرض كالزوج والزوجة، لأنه لا يرد عليهما بوفاق ولأن كل قدر حجب عنه الشخص مع وجود من هو أبعد منه حجب عنه وإن انفرد به كالمال المستحق بالدين والوصية ولأن كل من تجردت رحمه عن تعصيب لم يأخذ بها من تركة حقين كالأخت للأب والأم لا تأخذ النصف، لأنها أخت الأب والسدس، لأنها أخت الأم فأما الجواب عن الآية فقد مضى.

وأما استدلالهم بأن عمر رضي الله عنه أعطى ميراث سالم إلى أمه فلمصلحة يراها من يتولى مصالح بيت المال كما دفع النبي ﷺ ميراث الخزاعي إلى الكبر من خزاعة.

وأما قياسهم على العصبة فالمعنى فيهم إنما يستحقونه غير مقدر وليس كذلك ذوو الفروض، لأنه مقدر.

وأما قولهم إنه لما جاز أن ينفقوا بالعدل جاز أن يزادوا بالرد، فالجواب عنه للزيادة جهة يستحقها وهي بيت المال فلم يجز ردها ولما لم يكن للنقص جهة تمام جاز عولها ألا ترى أن أهل الدين والوصايا إذا ضاق بهم دخل العول عليهم، ولو زاد عنهم لم يجز الرد عليهم.

فصل: فإذا ثبت أن بيت المال أحق من ذوي الأرحام وبالفاضل عن ذوي السهام

---

(١) تقدم تخريجه.

وأنه يصير إلى بيت المال إرثاً لا فيئاً وهكذا من مات وليس له وارث صار ماله إلى بيت المال ميراثاً وقال بعض الناس يكون فيئاً لا ميراثاً لأمور.

منهما: أنه لو كان ميراثاً لوجب صرفه إلى جميع المسلمين دون بعضهم ولوجب أن يفضل فيه الذكر على الأنثى ولا يفرد به أهل عصر الميت دون من تأخر، وفي جواز ذلك كله دليل على أنه فيء لا ميراث ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [التّوبَة: ٧١] فكانت الموالاة بينهم تمنع من أحكام من خالفهم ولأن بيت المال يعقل عنه فوجب أن يكون انتقال ماله إليه بالموت ميراثاً كالعصبة، ولأنه مال مسلم فلم يجز أن يكون انتقاله إلى بيت المال فيئاً كالزكاوات.

وأما الجواب عن استدلالهم فهو أن تعيين الوارث يقتضي ما ذكروه وإذا لم يتعين لم يقتضيه.

فصل: فإذا ثبت أن بيت المال أحق إذا كان موجوداً يصرف الإمام العدل أمواله في حقوقها فأما إذا كان بيت المال معدوماً بالجور من الولاة وفساد الوقت وصرف الأموال في غير حقوقها والعدول بها عن مستحقيها يوجب توارث ذوي الأرحام ورد الفاضل على ذوي السهام وهذا قول أجمع عليه المحصلون من أصحابنا وتفرد أبو حامد الإسفراييني ومن جذبه الميل إلى رأيه فأقام على منع ذوي الأرحام والمنع من رد الفاضل على ذوي السهام استدلالاً بأن ما ينصرف إلى بيت المال مستحق في جهات باقية إذا عدم بيت المال لم يبطل استحقاق تلك الجهات ووجب صرف ذلك المال فيها كالزكوات التي لم تسقط بعدم بيت المال ووجب صرفها في جهاتها، وهذا الذي قاله فاسد من ثلاثة أوجه:

أحدها: ما يستحق صرفه من بيت المال في جهات غير معينة وإنما يتعين باجتهاد الإمام فإذا بطل التعيين سقط الاستحقاق وإن علم أن الجهة لا تعدم كالعربي إذا مات علمنا أن له عصبة ذكوراً غير أنهم إذا لم يتعينوا سقط حقهم وانصرف ذلك إلى غير جهتهم وكذلك جهات بيت المال إذا لم يتعين سقط حقها وانصرف ذلك إلى غيرها وليس كذلك الزكوات لتعين جهاتها وقطع الاجتهاد فيها فلم يسقط حقها مع التعين وإن عدم من كان يقوم بمصرفها.

والثاني: أن مال الزكاة له من يقوم بصرفه من جهاته إذا عدم القيم من الولاة وهم أرباب الأموال فلزمهم القيام بذلك ما كان لازماً للولاة وليس لمال الميت من يقوم بصرفه في هذه الجهات وليس يجوز أن يستحق مال بجهة لا تتعين بوصف ولا باجتهاد باطن لما فيه من تضييع المال عن جهته فاعلمه.

والثالث: أن بيت المال إنما كان أحق بميراثه من ذوي الأرحام، ، لأن بيت المال يعقل عنه فصار ميراثه له فلما كان عدم بيت المال يسقط العقل عنه وجب أن يسقط

الميراث منه، وإذا كان ما ذكرناه ثابتاً وكان توريث ذوي الأرحام عند عدم بيت المال واجباً فهكذا رد الفاضل عن ذوي السهام، وسنذكر كيفية توريثهم والرد على ذوي الفروض في باب ذوي الأرحام في هذا الكتاب فإن في ذلك دقة واستصعاباً ولعلها هي الصارفة لمن منعهم الميراث عند عدم بيت المال.

مسألة:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالكَافِرُونَ»(١).

قال في الحاوي: وهذا كما قال الكافر لا يرث المسلم والمسلم لا يرث الكافر وهو قول الجمهور. وحكي عن معاذ بن جبل ومعاوية أن المسلم يرث الكافر ولا يرث الكافر المسلم وبه قال محمد ابن الحنفية وسعيد بن المسيب ومسروق النخعي والشعبي وإسحاق بن راهويه استدلالاً بما روي عن معاذ أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الإسلام لا يزيد ولا ينقص»(٢) قالوا: وكما يجوز للمسلم أن ينكح الذمية ولا يجوز للذمي أن ينكح المسلمة، ولأن أموال المشركين يجوز أن تصير إلى المسلمين فهذا أولى أن تصير إليهم إرثاً، ولا يجوز أن تصير أموال المسلمين إلى المشركين قهراً فلم يجز أن تصير إليهم إرثاً.

ودليلنا رواية علي بن الحسين عن عمرو بن عثمان عن أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»(٣). وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين»(٤).

وروي عن الزهري قال: كان لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر في عهد رسول الله ﷺ ولا على عهد أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم، فلما ولي معاوية رحمه الله تعالى ورث المسلم من الكافر وأخذ بذلك الخلفاء حتى قام عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه فراجع السنة الأولى ثم أخذ بذلك يزيد بن عبد الملك فلما قام هشام بن عبد الملك أخذ بسنة الخلفاء، ولأن كل ملتين امتنع العقل بينهما امتنع التوارث بينهما كالكافر والمسلم، ولأن التوارث مستحق بالولاية وقد قطع الله الولاية بين المسلم والذمي فوجب أن ينقطع به التوارث ولأن بعدما بين المسلم والذمي أعظم مما بين الذمي والحربي فلما لم يتوارث الذمي والحربي لبعد ما بينهما كان أولى أن لا يتوارث المسلم والذمي، فأما قوله ﷺ: «الإسلام يزيد ولا ينقص» ففيه تأويلان وكل واحد منهما جواب.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٩). (٢) تقدم تخريجه مراراً.

(٣) أخرجه البخاري (٦٧٦٤)، ومسلم (١/ ١٦١٤)، وأبو داود (٢٩٠٩)، والترمذي (٢١٠٧)، وابن ماجه (٢٧٢٩)، وأحمد (٥/ ٢٠٠، ٢٠٨).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٩١١)، والترمذي (٢١٠٨)، وابن ماجه (٢٧٣١)، وابن حبان (١٦٩٩)، وأحمد (٢/ ١٧٨، ١٩٥)، والدارقطني (٤/ ٧٥)، وعبد الرزاق (٩٨٥٧، ٩٨٦٣)، والحاكم (٢/ ٢٤٠).

أحدهما: أن الإسلام يزيد بمن أسلم من المشركين ولا ينقص بالمرتدين.

والثاني: أن الإسلام يزيد بما يفتح من البلاد.

وأما النكاح فغير معتبر بالميراث ألا ترى أن المسلم ينكح الحربية ولا يرثها، وقد ينكح العبد الحرة ولا يرثها، وأما أخذ أموالهم قهراً فلا يوجب ذلك أن تصير إلينا إرثاً، لأن المسلم لا يرث الحربي وإن غنم ماله وهم يقولون إنه يرث الذمي ولا يغنم ماله فلم يجز أن يعتبر أحدهما بالآخر.

فرع: فإذا ثبت أنه لا يتوارث أهل ملتين فقد اختلفوا في الكفر هل يكون كله ملة واحدة أو يكون مللاً فمذهب الشافعي أن الكفر كله ملة واحدة وإن تنوع أهله وبه قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو مذهب أبي حنيفة وصاحبه.

وقال مالك: الكفر ملك فاليهودية ملة، والنصرانية ملة والمجوسية ملة وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب عليه السلام.

ومن التابعين: الحسن البصري وشريح.

ومن الفقهاء: الزهري والثوري والنخعي استدلالاً بما أخبر الله تعالى من التقاطع بينهم حيث يقول في حكايته عنهم: ﴿وَقَالَتِ ٱلْيَهُودُ لَيْسَتِ ٱلنَّصَـٰرَىٰ عَلَىٰ شَىْءٍ وَقَالَتِ ٱلنَّصَـٰرَىٰ لَيْسَتِ ٱلْيَهُودُ عَلَىٰ شَىْءٍ﴾ [البَقَرَة: ١١٣] وتقاطعهم يمنع من توارثهم، ولأن اختلاف شرائعهم يوجب اختلاف مللهم، ولأن ما بينهم من التباين كالذي بين المسلمين وبينهم من التباين فاقتضى أن تكون مللهم مختلفة.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣] وقال الله تعالى: ﴿وَلَن تَرْضَىٰ عَنكَ ٱلْيَهُودُ وَلَا ٱلنَّصَـٰرَىٰ حَتَّىٰ تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ﴾ [البَقَرَة: ١٢٠] فجمعهما. وروى عمرو بن مرة عن أبي البختري الطائي عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ أنه قال: «الناس خير وأنا وأصحابي خير»[1] ولأنهم مشتركون في الكفر وإن تنوعوا كما أن المسلمون مشتركون في الحق وإن تنوعوا وليس التباين بينهم بمانع من توارثهم كما يتباين أهل الإسلام في مذاهبهم ولا يوجب ذلك اختلاف توارثهم، لأن الأصل إسلام أو كفر لا ثالث لهما.

فرع: فإذا ثبت أن الكفر كله ملة واحدة فقد اختلف الناس في كيفية توارثهم فمذهب الشافعي أن أهل الذمة يتوارثون منهم وأهل العهد بعضهم من بعض على اختلاف ديارهم وأهل الحرب يتوارثون بعضهم من بعض وإن اختلفت ديارهم ولا توارث بينهم وبين أهل الذمة.

وقال أبو حنيفة: لا توارث بين أهل الذمة وأهل الحرب وكذلك أهل العهد لا

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٢٢)، والطبراني في «الكبير» (٣/ ٣٤١)، وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (١٠/ ١٧): «ورجالهما رجال الصحيح».

توارث بينهم وبين أهل الذمة وأهل الحرب يتوارثون ما لم يختلف بهم الدار، واختلاف دارهم يكون باختلاف ملوكهم ومعاداة بعضهم لبعض في الدين كالترك والروم فلا يورث بعضهم من بعض.

فرع: فعلى ما ذكرنا من المذاهب إذا مات يهودي من أهل الذمة فترك أماً مثله يهودية وابناً مسلماً وأربعة إخوة أحدهم يهودي ذمي والآخر نصراني ذمي والآخر مجوسي معاهد والآخر وثني حربي فعلى قول معاذ لأمه اليهودية السدس والباقي لابنه المسلم ولا شيء لإخوته، وعلى قول مالك لأمه اليهودية الثلث والباقي لأخيه اليهودي لموافقته له في ملته ولا يحجب الأم، لأنه واحد ولا شيء لمن سواه، وعلى قول أبي حنيفة لأمه السدس والباقي بين أخيه اليهودي والنصراني، لأنهما من أهل الذمة ولا شيء لأخيه المجوسي، لأنه معاهد ولا شيء لأخيه الوثني، لأنه حربي، وعلى مذهب الشافعي لأمه السدس والباقي بين أخوته الثلاثة اليهودي والنصراني، والمجوسي المعاهد، لأن أهل العهد يرثون أهل الذمة عنده ولا شيء لأخيه الوثني، لأنه حربي.

فرع: ولو مات نصراني من أهل الذمة وترك زوجة وثنية من أهل العهد وأماً يهودية من أهل الذمة وابناً مسلماً وبنت ابن وثنية تؤدي الجزية وأخوين أحدهما مجوسي يؤدي الجزية والآخر وثني من أهل العهد وعماً نصرانياً من أهل الجزية فعلى قول معاذ للزوجة الثمن وللأم السدس والباقي للابن المسلم، وعلى قول مالك المال كله للعم النصراني، وعلى قول أبي حنيفة لأمه السدس ولبنت ابنه النصف، لأنه يقبل الجزية من عبدة الأوثان ويجعلهم من أهل الذمة والباقي لأخيه المجوسي ولا شيء لزوجته ولا لأخيه الوثني، لأنه لا يورث أهل العهد من أهل الذمة، وعلى مذهب الشافعي لزوجته الربع، لأنها معاهدة ولأمه السدس والباقي لأخيه المجوسي وأخيه الوثني المعاهد، ولا شيء لبنت ابنه الوثنية التي تؤدي الجزية، لأنه لا يجوز أخذ الجزية عنده من عبدة الأوثان.

فرع: فلو مات مسلم وترك ابناً مسلماً وابناً نصرانياً أسلم فإن كان إسلام النصراني قبل موت أبيه ولو بطرفة عين كان الميراث بينهما، وهذا إجماع وإن كان إسلامه بعد موت أبيه ولو بطرفة عين لم يرثه وهكذا لو ترك المسلم الحر ابنين أحدهما حر والآخر عبد أعتق فإن كان عتقه قبل موته أبيه ورثه، وإن كان بعده لم يرثه وبه قال من الصحابة أبو بكر وعلي وزيد وابن مسعود رضي الله عنهم. ومن الفقهاء: أبو حنيفة ومالك وأكثر الفقهاء وحكي عن الحسن البصري وقتادة ومكحول أنهم ورثوا من أسلم أو أعتق على ميراث قبل أن يقسم وروي ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وحكي عن إياس وعكرمة وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه أنهم ورثوا من أسلم قبل القسمة ولم يورثوا من أعتق قبل القسمة استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من أسلم على شيء فهو له»[1]

---

(١) أخرجه أبو يعلى في «مسنده» (٥٨٤٧)، والبيهقي في «الكبرى» (١٨٢٥٩)، وابن عدي في «الكامل» (٧/ ١٨٤)، وقال البيهقي: «ياسين بن الزيات، كوفي ضعيف، أخرجه يحيى بن معين والبخاري وغيرهما».

وروى أبو الشعثاء عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم له وكل قسم أدركة الإسلام فإنه على قسم الإسلام»(١) ودليلنا قوله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين»(٢) ولأن الميراث ينتقل بالمورث إلى ملك الوارث لا بالقسمة ولأن تأخير القسمة لا يوجب توريث من ليس بوارث كما أن تقديمها لا يوجب سقوط من هو وارث، ولأنه إن ولد للميت إخوة قبل قسمة تركته لا يرثوه فهذا كما لو أسلموا لم يرثوه.

فأما قوله ﷺ: «من أسلم على شيء فهو له» ففيه تأويلان:

أحدهما: من أسلم وله مال فهو له لا يزول عنه بإسلامه.

والثاني: من أسلم قبل موت مورثه رغبة في الميراث فهو له، وأما حديث ابن عباس فمعناه أن المشركين إذا ورثوا ميتهم ثم اقتسموه في جاهليتهم كان على جاهليتهم ولو أسلموا قبل قسمته اقتسموه على قسمة الإسلام والله أعلم.

فرع: وإذا مات ذمي ولا وارث له كان ماله لبيت المال فيئاً لا ميراثاً ويصرف مصرف الفيء فلو كان له عصبة مسلمون لم يكن لهم فيما صار منه إلى بيت المال حق وهكذا إذا كان عصبة الذمي في دار الحرب ليس لهم عهد فلا ميراث لهم منه، ويكون ماله فيئاً ولو كان لهم عهد استحقوا ميراثه.

فرع: وإذا تحاكم أهل الحرب إلينا في ميراث ميت منهم وله ورثة من أهل الحرب وورثة من أهل العهد وورثة من أهل الذمة لم يورث أهل الذمة منهم كما لا نورثهم من أهل الذمة وقسمنا ميراثه بين أهل الحرب وأهل العهد مع اتفاق دارهم واختلافها وتباين أناسهم واتفاقها كالروم والترك والهند والزنج. وقطع أبو حنيفة التوارث بين المختلفين من أجناسهم والمتباينين في ديارهم فلم يورث التركي من الرومي ولا الزنجي من الهندي، وهذا قول يؤول إلى أن يجعل الكفر مللاً وهو لا يقوله.

مسألة(٣):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالمَمْلُوكُونَ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح العبد لا يرث ولا يورث فإذا مات العبد كان ماله لسيده ملكاً ولا حق فيه لأحد من ورثته وهذا إجماع فأما إذا مات للعبد أحد من ورثته لم يرثه العبد في قول الجميع، وحكي عن علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه إذا مات أبو العبد وأخوه اشترى العبد من تركته وأعتق وجعل له ميراثه فاختلف

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٤١)، وابن ماجه (٢٤٨٥)، وابن عبد البر في «التمهيد» (٢/ ٤٩)، والبيهقي في «الكبرى» (١٨٢٨٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر الأم (٣/ ١٣٩).

أصحابنا هل قال ذلك استحباباً أو واجباً فقال بعضهم ذهبنا إلى استحبابه رأياً وقال آخرون: بل ذهبنا إليه واجباً وقالاه مذهباً حتماً، وبوجوب ذلك قال الحسن البصري وإسحاق بن راهويه وفي هذا القول إجماع على أن العبد لا يورث في حال رقه وهو أقوى دليل على أنه لا يملك إذا ملك؛ لأن الملك بالميراث أقوى منه بالتمليك وإنما أوجبوا ابتياعه وعتقه، وهذا غير لازم من وجهين:

أحدهما: أن سيد العبد لا يلزمه عبده ولا يجوز أن يجبر على إزالة ملكه.

والثاني: أنه لو بيع من سيده لكان يرث معتقاً بعد الموت وهذا دليل على أن المعتق بعد الموت لا يرث.

فصل: فأما المدبر فكالعبد لا يرث ولا يورث وكذلك أم الوالد لا ترث ولا تورث فأما المكاتب فهو عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يورث، وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وزيد بن ثابت وعائشة وأم سلمة وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم.

ومن التابعين سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز.

ومن الفقهاء: الزهري وأحمد بن حنبل.

وقال عبد الله بن عباس إذا كتبت صحيفة المكاتب عتق وصار حراً يرث ويورث.

وقال علي بن أبي طالب عليه السلام يعتق منه بقدر ما أدى ويرث به ويرق منه بقدر ما بقي ولا يرث به.

وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه إن أدى قدر قيمته عتق وورث وإلا فهو عبد لا يرث. وقال أبو حنيفة ومالك: هو عبد ما بقي عليه درهم واحد فإن مات له ميت لم يرثه.

قال: وإن مات أدى من ماله ما بقي عليه من كتابته وجعل الباقي لورثته إلا أن أبا حنيفة يجعل ذلك لمن كان معه في الكتابة ومن كان حراً.

وقال مالك: يكون لمن كان معه في الكتابة دون من كان حراً.

والدليل على جميعهم ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»[1] ولأن من منعه الرق من أن يرث منعه الرق أن يورث كالعبد.

فصل: فأما المعتق بعضه فقد اختلف الناس هل يرث أم لا؟ فحكي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه يرث بقدر ما عتق منه ويحجب به، قال المزني وعثمان البتي وحكي عن عبد الله بن عباس أنه يرث كل المال كالأحرار، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وحكي عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رحمه الله عليهما أنه لا يرث بحال، وبه قال

---

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٨٧)، وأبو داود (٣٩٢٦، ٣٩٢٧)، والنسائي (٥٠٢٦ كبرى)، والحاكم (٢/ ٢١٨)، والبيهقي في «الكبرى» (٢١٦٣٨).

الشافعي ومالك؛ لأنه إذا لم تكمل حريته فأحكام الرق عليه جارية، فعلى هذا لو مات حر وترك ابناً حراً وابناً نصفه حر فعلى قول المزني المال بينهما أثلاثاً؛ لأنه مقسوم على حرية ونصف فيكون للحر ثلثاه وللذي نصفه حر ثلثه وهو المروي عن علي عليه السلام وعلى قول أبي يوسف يكون المال بينهما بالسوية لاستوائهما في حكم الحرية، وهو المروي عن ابن عباس وعلى قول الشافعي المال للحر وحده وهو المروي عن عمر وزيد رضي الله عنهما، ولو ترك الحر ابناً نصفه حر وعماً حراً، على قول المزني للابن النصف والباقي للعم، وعلى قول أبي يوسف المال كله للابن وعلى قول الشافعي ومالك المال كله للعم، ولو ترك الحر ابنين نصف كل واحد منهما حراً وعماً حراً فعلى قول أبي يوسف المال للابنين، وعلى قول الشافعي المال للعم، واختلف أصحابنا في قياس قول المزني على وجهين:

أحدهما: أن لهما النصف؛ لأن نصف الحرية والنصف الآخر للعم.

والثاني: أن يجمع حريتهما فيكون حرية ابن تام فيكون المال بينهما ولا شيء للعم، فلو ترك الحر ابناً وبنتاً نصفها حر، فعلى قول أبي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وعلى قول الشافعي المال كله للحر من الابنين، وفيه على قول المزني وجهان:

أحدهما: أن للابن خمسة أسداس المال، وللبنت السدس ووجهه أن البنت لو كانت حرة لكان للابن الثلثان، ولها الثلث، ولو كانت أمة كان للابن جميع المال، ولا شيء لها فوجب أن يكون لها بنصف الحرية النصف مما يستحقه بجميع الحرية، وذلك السدس ويرجع السدس الآخر على الابن.

والثاني: أن للابن أربعة أخماس وللبنت الخمس.

ووجهه: أن حرية البنت لو كملت قابلت نصف حرية الابن فصار نصف حريتها يقابل ربع حرية الابن، فيقسم المال على حرية وربع فيصير على خمسة أسهم للابن أربعة أسهم وللبنت سهم.

فصل: وأما إذا مات هذا المعتق نصفه ففيه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم وبه قال مالك إنه لا يورث، ويكون لسيده، لأنه إذا لم يرث بحريته لم يرث بهما.

والثاني: وهو قوله في الجديد إنه يكون موروثاً عنه لوراثته دون سيده؛ لأن السيد لم يكن يملك ذلك عنه في حياته فكذلك لا يملكه بعد موته.

وقال أبو سعيد الاصطخري: يكون ما كان له بالحرية منتقلاً إلى بيت المال لا يملكه السيد، لأنه لا حق له في حريته ولا يورث عنه لبقاء أحكام رقه فكان أولى الجهات به بيت المال ولهذا القول عندي وجه أراه والله أعلم.

مسألة:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالقَاتِلُونَ عَمْداً أَوْ خَطَأً وَمَنْ عَمِيَ مَوْتُهُ كُلَّ هَؤُلَاءِ»[(١)].

قال في الحاوي: وهذا صحيح لا اختلاف بين الأمة إن قاتل العمد لا يرث عن مقتوله شيئاً من المال ولا من الدية وإن ورث غير الخوارج وبعض فقهاء البصرة، فقد حكي عنهم توريث القاتل عمداً استصحاباً لحاله قبل القتل، والدليل عليهم ما رواه مجاهد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ليس لقاتل شيء»[(٢)].

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «القاتل لا يرث»[(٣)].

وروى عكرمة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث»[(٤)]. وروى محمد بن راشد عن مكحول قال: قال رسول الله ﷺ: «القاتل عمداً لا يرث من أخيه ولا من ذي قرابته ويرثه أقرب الناس إليه نسباً بعد القاتل»[(٥)]، لأن الله تعالى جعل استحقاق الميراث تواصلاً بين الأحياء والأموات لاجتماعهم على الموالاة والقاتل قاطع للموالاة عادل عن التواصل فصار أسوأ حالاً من المرتد، ولأنه لو ورث القاتل لصار ذلك ذريعة إلى قتل كل مورث رغب وارثه في استعجال ميراثه، وما أفضى إلى مثل هذا فالشرع مانع فيه.

فصل: فأما القاتل إذا لم يكن عامداً في القتل قاصداً للإرث فقد اختلف الفقهاء فيه فقال مالك: قاتل الخطأ يرث من المال ولا يرث من الدية.

وقال الحسن وابن سيرين: قاتل الخطأ يرث من المال والدية جميعاً.

وقال أبو حنيفة: لا يرث قاتل العمد والخطأ إلا أن يكون صبياً أو مجنوناً فيرث وكذلك العادل إذا قتل باغياً ورثه ولا يرث الباغي إذا قتل عادلاً، ومال أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى إرث الباغي العادل كما يرث العادل الباغي إذا كانا متأولين.

وقال الشافعي: كل قاتل يطلق عليه اسم القتل من صغير أو كبير عاقل أو مجنون عامد أو خاطىء محق أو مبطل فإنه لا يرث.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٩).

(٢) أخرجه النسائي (٦٣٦٨ كبرى)، وابن ماجه (٢٦٤٦)، وأحمد (١/ ٤٩)، وعبد الرزاق (١٧٧٨٢)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٢٤٠).

(٣) أخرجه الترمذي (٢١٠٩)، والنسائي (٦٣٨٦ ـ كبرى)، وابن ماجه (٢٦٤٥)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٢٤٣).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٢٤٢).

(٥) لم أجده.

فصل: فأما مالك فاستدل على أن قاتل الخطأ يرث من المال دون الدية بقول النبي ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[(١)] وروى محمد بن سعيد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال: «يرث الزوج زوجته مالها وديتها وترث من زوجها ماله وديته»[(٢)].

فإن قتله أحدهما عمداً لم يرثه وإن قتل خطأ ورث ماله دون ديته وهذا نص إن صح، ولأن منع القاتل من الميراث عقوبة والخاطىء لا عقوبة عليه كما لا قود عليه والدليل عليه عموم قوله ﷺ: «القاتل لا يرث». وروى أبو قلابة قال: «قتل رجل أخاه في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فلم يورثه منه».

وقال: «يا أمير المؤمنين إنما قتلته خطأ» قال: لو قتلته عمداً لأقدناك به»[(٣)]. وروى خلاس: «أن رجلاً قذف بحجر فأصاب أمه فقتلها فغرمه علي بن أبي طالب عليه السلام الدية ونفاه من الميراث» وقال: «إنما حظك من ميراثها ذاك الحجر»[(٤)] ولأن كل من سقط إرثه دية مقتولة سقط عن سائر ماله كالعامد، لأن كل مال حرم إرثه لو كان عامداً حرم إرثه، وإن كان خاطئاً كالدية، فأما قوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ» فمعناه مأثم الخطأ.

وأما حديث عمرو بن شعيب فمرسل ورواية محمد بن سعيد المصلوب صلب في الزندقة على ما قيل، ثم لو سلم لحمل على إرث ما استحقه من دين أو صداق.

وأما قولهم: إن الخاطىء لا يعاقب بمنع الميراث قلنا: هلا أنكرتم بذلك وجوب الدية عليه والكفارة.

فصل: وأما أبو حنيفة فاستدل على أن القاتل إذا كان صبياً أو مجنوناً ورث وهكذا من قتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى ينتبه»[(٥)] فاقتضى عموم ذلك رفع الأحكام عنه.

قال: ولأن كل عقوبة تعلقت بالقتل سقطت عن الصبي والمجنون كالقود ودليلنا عموم قوله ﷺ: «ليس لقاتل شيء»[(٦)].

ولأن موانع الإرث يستوي فيها الصغير والكبير والمجنون والعاقل كالكفر والرق، ولأنه قتل مضمون وجب أن يمنع الإرث كالبالغ العاقل ولأن كل فعل لو صدر عن الكبير

---

(١) تقدم تخريجه مراراً.

(٢) أخرجه أحمد (٢/ ١٧٨)، والترمذي (٢١٠٨)، والدارقطني (٤/ ٧٢)، والحاكم (٢/ ٢٤٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٢٤٩)، وفي «معرفة السنن» (٣٨٣٨).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٢٤٤).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٢٤٦).

(٥) تقدم تخريجه مراراً.

(٦) تقدم تخريجه.

قطع التوارث فإذا صدر عن الصغير وجب أن يقطع التوارث.

أصله فسخ النكاح ولأن منع القاتل من الإرث لا يخلو أن يكون بمكان الإرث فهو ما يقوله من منع الإرث لكل من انطلق عليه الاسم أو يكون لأجل التهمة فقد يخفى ذلك من الخاطىء والمجنون والصبي لاحتمال قصدهم وتظاهرهم بما ينفي التهمة عنهم، فلما خفي ذلك منهم صار التحريم عاماً كالخمر التي حرمت، ولأنها تصد عن ذكر الله وعن الصلاة فحسم الله تعالى الباب في تحريم قليلها وكثيرها وإن كان قليلاً لا يصد لاشتباه الأمر بما يصد.

فأما قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث» فإنما أراد به رفع المأثم، وليس رفع الإرث متعلقاً برفع المأثم كالخاطىء والنائم لا مأثم عليهما ولو انقلب نائم على مورثه فقتله لم يرثه بوفاق أبي حنيفة، وهكذا الجواب عن قولهم إن منع الإرث عقوبة فأشبه القود، لأن الخاطىء لا عقوبة عليه وكذلك المسلم يمنع من ميراث المسلم وإن لم يستحق العقوبة.

فصل: فإذا تمهد ما وصفنا فلا يخلو حال القتل إذا حدث عن الوارث من أن يكون عن سبب أو مباشرة فإن كان عن سبب فعلى ضربين:

أحدهما: أن لا يوجب الضمان كرجل حفر بئراً في ملكه فسقط فيها أخوه أو سقط حائط داره على ذي قرابته أو وضع في داره حجر فعثر به، فإذا مات في هذه الأحوال كلها لم يسقط ميراثه بشيء منها، لأنه غير منسوب إلى القتل لا اسماً ولا حكماً.

والثاني: أن يكون السبب موجباً للضمان كوضعه حجراً في طريق أو حفر بئر في غير ملك أو سقوط جناح من داره فإذا هلك بذلك ذو قرابته لم يرثه عند الشافعي وورثه أبو حنيفة.

وقال أبو العباس بن سريج: ما كان فيه متهماً لم يرثه به وما كان منه غير متهم فيه ورثه هذا ينكسر الخاطىء.

والثاني: أن يكون القتل مباشرة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون بغير حق فيكون مانعاً من الميراث في جميع الأحوال من عمد أو خطأ في صغر أو كبر في عقل أو جنون.

والثاني: أن يكون بحق كالقصاص وما في معناه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قتلاً هو مخير في فعله وتركه كالقود إذا أوجب له فلا يرث به.

والثاني: أن يكون قتلاً واجباً كالحاكم والإمام إذا قتل أخاه قوداً لغيره فمذهب الشافعي لا ميراث له اعتباراً بالاسم.

وقال أبو العباس بن سريج: إن قتله بالبينة لم يرثه، لأنه متهوم في تعديلها وإن قتله بإقراره ورثه، لأنه غير متهوم.

فرع: فمن فروع ما مهدناه أن ثلاثة إخوة لو قتل أحدهم أباهم عمداً كان ميراث الأب للأخوين سوى القاتل، ولهما قتل القاتل، فإن قتلاه قوداً لم يرثاه فلو لم يقتلاه حتى مات أحدهما كان ميراثه بين القاتل والثاني منهما، لأن القاتل لا يرث مقتوله، ويرث غيره وليس للأخ الباقي أن يقتل قاتل أبيه؛ لأنه قد ورث من أخيه نصف حق، وذلك ربع دم نفسه فسقط عنه القود، لأن من ملك بعض نفسه سقط عنه القود ووجب عليه لأخيه ثلاثة أرباع دم أبيه نصفه بميراثه عن أبيه وربعه بميراثه عن أخيه.

فرع: ومن فروعه أيضاً لو أن أخوين وأختاً لأب وأم، قتل أحد الأخوين أمهم عمداً وأبوهم وارثها، كان ميراث الأم بين زوجها وابنها وبنتها على أربعة أسهم، وعلى القاتل القود لأبيه وأخيه وأخته فلو لم يقتصوا منه حتى ماتت الأخت كان للأب والأخ غير القاتل أن يقتلاه، لأن ميراث الأخت صار إلى الأب فلم يرث القاتل منه شيئاً فلو مات الأب سقط القود عن القاتل، لأن ميراثه صار إليه وإلى أخيه، وصار للأخ على القاتل ثلاثة أرباع دم الأم، لأن الأب قد كان ورث منهما بالزوجية الربع وورث عن بنته الربع فصار له بالميراث النصف، وللأخ النصف ثم مات الأب عن النصف فصار بين القاتل والأخ نصفين والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَمَنْ عَمِيَ مَوْتُه صِنْفَان غَرْقَى وَمَفْقُودُونَ فَأَمَّا الغَرْقَى وَمَنْ ضَارَعَهُمْ مِنْ المَوْتَى تَحْتَ هَدْمٍ أَوْ فِي حَرِيقٍ فَلَا يَخْلُو حَالَهُمْ مِنْ أَرْبَعَة أَقْسَامٍ»:

أحدها: أن يعلم ويتيقن موتهم فيمن تقدم منهم وتأخر فهذا يورث المتأخر من المتقدم، ولا يورث المتقدم من المتأخر وهذا إجماع.

والثاني: أن يعلم يقين موتهم أنه كان في حالة واحدة لم يتقدم بعض على بعض فهذا يقطع فيه التوارث بينهم بإجماع.

والثالث: أن يقطع أيهم مات قبل صاحبه ثم يطرأ الإشكال بعد العلم به فهذا يوقف من تركة كل واحد منهم ميراث من كان معه ويقسم ما سواه بين الورثة ويكون الموقوف موضوعاً حتى يزول الشك أو يقع فيه الصلح.

والرابع: أن يقع الشك فيهم فلا يعلم هل ماتوا معاً أو تقدم بعضهم على بعض ثم لا يعلم المتقدم من المتأخر فمذهب الشافعي أنه يقطع التوارث بين بعضهم من بعض ويدفع ميراث كل واحد إلى غير من هلك معه من ورثته.

---

(١) انظر الأم (٦/٤).

وبه قال من الصحابة أبو بكر وابن عباس وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل والحسن بن علي بن أبي طالب رضوان الله عليهم، وأصح الروايتين عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه. ومن التابعين عمر بن عبد العزيز وخارجة بن زيد بن ثابت.

ومن الفقهاء: مالك وأبو حنيفة وأصحابه والزهري.

وقال إياس بن عبد الرحمٰن أورث بعضهم من بعض من تلاد أموالهم ولا أورث ميتاً من ميت مما ورثه عن ذلك الميت وبه قال من الصحابة: علي بن أبي طالب. وإحدى الروايتين عن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما.

ومن التابعين: شريح والحسن البصري.

ومن الفقهاء: الشعبي والنخعي والثوري وابن أبي ليلى وإسحاق بن راهويه استدلالاً بأن إشكال التوارث لا يمنع من استحقاقه كالخناثى.

والدليل على سقوط التوارث بينهم أن من أشكل استحقاقه لم يحكم له بالميراث كالجنين، وكما لو أعتق عبداً مات أخوه وأشكل هل كان عتقه قبل موته أو بعده لم يرثه بالإشكال، لأن بيانه مرجو وليس كذلك الغرقى لفوات البيان.

فصل: وعلى هذا لو غرق أخوان أحدهما مولى هاشم والآخر مولى تميم ولم يعلم أيهما مات قبل صاحبه فعلى مذهب الشافعي، ومن قال بقوله يقطع التوارث بين الأخوين ويجعل ميراث الهاشمي لمولاه وميراث التميمي أولاه، وعلى قول إياس، ومن ورث بعضهم من بعض قال: ميراث الهاشمي لأخيه التميمي، ثم مات التميمي يورثه مولاه، وميراث التميمي لأخيه الهاشمي ثم مات الهاشمي فورثه مولاه ثم مات التميمي وورثه مولاه فيصير مال كل واحد منهما لمولى أخيه، فلو خلف كل واحد منهما زوجة وبنتاً: فعلى مذهب الشافعي، ومن لم يورث بعضهم من بعض: يجعل ميراث كل واحد منهما لزوجته منه الثمن، ولبنته النصف، والباقي لمولاه، وعلى قول إياس ومن ورث بعضهم من بعض جعل ميراث كل واحد منهما بين زوجته وبنته وأخيه على ثمانية أسهم كل واحد منهما من زوجته وبنته وأخيه للزوجة الثمن سهم، وللبنت النصف أربعة أسهم، وللأخ ثلاثة أسهم ثم نقسم أسهم الأخ الثلاثة بين الأحياء من ورثته وهم زوجة، وبنت، ومولى فتكون على ثمانية، وهي غير منقسمة عليهم ولا موافقة، فاضرب ثمانية في ثمانية تكن أربعة وستين سهماً، فاقسم مال كل واحد منهما على أربعة وستين، لزوجته الثمن ثمانية أسهم، ولبنته النصف اثنان وثلاثون سهماً، ولأخيه أربعة وعشرون سهماً تقسم بين الأحياء من ورثته معهم زوجته وبنت ومولى، فيكون لزوجته منها الثمن ثلاثة أسهم، ولبنته النصف اثنا عشر سهماً، ولمولاه ما بقي وهو تسعة أسهم.

فصل: وأما المفقود إذا طالت غيبته فلم يعلم له موت ولا حياة فمذهب الشافعي أنه

على حكم الحياة حتى تمضي عليه مدة يعلم قطعاً أنه لا يجوز أن يعيش بعدها، فيحكم حينئذٍ بموته، من غير أن يتقدر ذلك بزمان محصور، وهذا ظاهر مذهب أبي حنيفة ومالك.

وقال أبو يوسف: يوقف تمام مائة وعشرون سنة مع سنه يوم فقد، لأنه أكثر ما يبلغه أهل هذا الزمان من العمر.

وقال عبد الملك بن الماجشون: يوقف تمام تسعين سنة مع سنه يوم فقد ثم يحكم بموته.

وقال ابن عبد الحكم: يوقف تمام سبعين سنة مع سنه يوم فقد يحكم بموته وكل هذه المذاهب في التحديد فاسدة لجواز الزيادة عليها وإمكان التجاوز لها، فلم يجز أن يحكم فيه إلا باليقين، وإذا كان هكذا وجب أن يكون ماله موقوفاً على ملكه، فإذا مضت عليه مدة لا يجوز أن يعيش إليها قسم ماله حينئذٍ بين من كان حياً من ورثته، ولو مات للمفقود ميت يرثه المفقود وجب أن يوقف من تركته ميراث المفقود حتى يتبين أمره، فإن بان حياً كان له وارثاً، وإن بان موته من قبل رد على الباقين من الورثة، وكذلك لو أشكل حال موته.

فصل: مثل ذلك امرأة ماتت وخلفت أختين لأب، وزوجاً مفقوداً، وعصبة، فقال إن كان الزوج المفقود حياً فالتركة من سبعة أسهم: للزوج النصف ثلاثة أسهم، وللأختين الثلثان أربعة أسهم، وإن كان الزوج المفقود ميتاً فللأختين الثلثان، والباقي للعصبة، وتصح من ثلاثة، فاضرب ثلاثة في سبعة تكن أحداً وعشرين، فإن كان الزوج حياً فله تسعة أسهم، وللأختين اثنا عشر سهماً، ولا شيء للعصبة، وإن كان الزوج ميتاً فللأختين أربعة عشر سهماً، والباقي للعصبة، وهو سبعة أسهم فيعطى الأختان أقل الفرضين وذلك اثنا عشر سهماً، لأنه اليقين، ولا يدفع للعصبة شيئاً لجواز أن يكون الزوج حياً فإن بان الزوج حياً فالتسعة كلها له، وإن بان ميتاً رد على الأختين سهمان تمام أربعة عشر سهماً، ودفع إلى العصبة الباقي وهو سبعة أسهم.

فلو خلفت المرأة زوجاً، وأماً، وأختاً لأم، وأختاً لأب، وأخاً لأب مفقوداً فالعمل أن نقول: إذا كان الأخ المفقود حياً فللزوج النصف، وللأم السدس، وللأخ للأم السدس، والباقي بين الأخ والأخت من الأب على ثلاثة، وتصح المسألة من ثمانية عشر، وإن كان ميتاً فللزوج النصف، وللأم السدس، وللأخ من الأم السدس وللأخت للأب النصف وتعول إلى ثمانية، والثمانية توافق الثمانية عشر بالإنصاف فاضرب نصف إحداهما في الأخرى تكن اثنين وسبعين، ومنها تصح فمن له شيء من ثمانية يأخذه في نصف الثمانية عشر وهو تسعة، ومن له شيء من ثمانية عشر يأخذه في نصف الثمانية وهو أربعة، فللزوج من الثمانية عشر تسعة في أربعة تكن ستة وثلاثين، وله من الثمانية ثلاثة في

تسعة تكن سبعة وعشرين فاعطه سبعة وعشرين، لأنه أقل النصيبين وللأم من الثمانية عشر ثلاثة في أربعة تكن اثني عشر ولها من الثمانية سهم في تسعة فاعطها تسعة أسهم، لأنها أقل النصيبين وللأخ من الأم أيضاً تسعة أسهم، وللأخت من الثمانية عشر سهم واحد في أربعة، ولها من الثمانية ثلاثة في تسعة تكن سبعة وعشرين فأعطها أربعة، لأنها أقلها ويوقف الباقي بعد هذه السهام وهو ثلاثة وعشرون سهماً، فإن كان الأخ المفقود حياً أخذ ثلاثة أسهم ضعف ما أخذته أخته، وأعطي الزوج تسعة أسهم تمام النصف، وأعطيت الأم ثلاثة أسهم تمام السدس، وأعطي الأخ للأم ثلاثة أسهم أيضاً، وإن كان المفقود ميتاً دفعت ما وقفته عليه وهو ثلاثة وعشرون سهماً إلى الأخت حتى يتم لها تسعة وعشرون سهماً هو تمام نصيبها من مسألة العول، ومعلوم أن الأخ إن كان حياً فإنه لا يستحق من الثلاثة والعشرين الموقوفة أكثر من ثمانية أسهم، فلو اصطلح الورثة قبل أن يعلم المفقود على ما بقي من السهام الموقوفة بعد نصيب المفقود وذلك خمسة عشر سهماً جاز الصلح، لأنها موقوفة لهم وإن اصطلح على الثمانية الموقوفة للمفقود لم يجز، لأنها لغيرهم، ولو خلفت زوجاً، وأختاً لأب وأم، وأختاً لأب، وأخاً لأب مفقوداً كان للزوج النصف ثلاثة أسباع، وللأخت للأب والأم ثلاثة أسباع، ويوقف السبع فإن ظهر المفقود ميتاً دفع إلى الأخت للأب، وإن ظهر حياً رد على الزوج والأخت للأب والأم، ويجوز لهم قبل ظهور حال المفقود أن يصطلحوا على السهم الموقوف، لأنه لا حق فيه للمفقود.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «لَا يَرِثُونَ وَلَا يَحْجِبُونَ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال من لم يرث برق أو كفر أو قتل لم يحجب فلا يرثون ولا يحجبون، وبه قال الجماعة.

وقال عبد الله بن مسعود: يحجبون ذوي الفروض إلى أقل الفرضين، كالزوج من النصف إلى الربع، والزوجة من الربع إلى الثمن، والأم من الثلث إلى السدس ولا يسقطون العصبة كالابن الكافر لا يسقط ابن الابن، واختلفت الرواية عنه في إسقاط ذوي الفروض عن كل الفروض، كإسقاط الإخوة للأم بالبنت الكافرة، وبه قال النخعي وأبو ثور استدلالاً بأن الحجب غير معتبر بالميراث، كالإخوة مع الأبوين يحجبون الأم إلى السدس ولا يرثون والدليل على إسقاط حجبهم قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ۚ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النِّسَاء: ١١] فاقتضى أن يكون الإسلام شرطاً في حكم العطف كما كان شرطاً في المعطوف عليه، ولأن كل من سقط إرثه يعارض سقط

---

(١) انظر الأم (٣/١٣٩).

حجبه بذلك العارض كالإسقاط ولأن كل من ضعف بوصفه عن حجب الإسقاط ضعف بوصفه عن حجب النقصان، كذوي الأرحام، ولأن كل وارث فهو لا محالة يحجب إذا ورث، لأن الابن إذا ورث مع أخيه فقد حجبه عن الكل إلى النصف، فلما ضعف الكافر عن حجب من يساويه في النسب كان أولى أن يضعف عن حجب من يخالفه في النسب.

فأما استدلالهم بحجب الأخوة للأم مع الأب فلم يسقطوا لأنهم غير ورثة، لكن الأب حجبهم عنه، ألا ترى لو لم يكن معهم أب لورثوا فبان الفرق والله أعلم.

مسألة[١]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا تَرِثُ الإِخْوَةُ وَالأَخَوَاتُ مِنْ قَبْلِ الأُمِّ مَعَ الجَدِّ وَإِنْ عَلَا وَلَا مَعَ الوَلَدِ وَلَا مَعَ وَلَدِ الابْنِ وَإِنْ سَفُلَ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال الإخوة والأخوات ثلاثة أصناف: صنف يكونون لأب وأم ويسمون بني الأعيان. سموا بذلك لأنهم من عين واحدة أي من أب واحد وأم واحدة ومنه قول النبي ﷺ: «أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات»[٢] والصنف الثاني الإخوة والأخوات للأب يسمون بني العلات، يسموا بذلك، لأن أم كل واحد منهم لم تعل الأخرى، أي لم تسقه لبن رضاعها، والعلل الشرب الثاني والنهل الأول، وقد قال الشاعر[٣]:

وَالنَّاسُ أَبْنَاءُ عِلَّاتٍ فَمَنْ عَلِمُوا ... أَنْ قَدْ أَقَلَّ فَمَحْجُورٌ وَمَحْقُورُ
وَهُمْ بَنُو أُمٍّ مَنْ أَمْسَى لَهُ نَشَبُ ... فَذَاكَ بِالغَيْبِ مَحْظُوظٌ وَمَنْصُورُ
وَالخَيْرُ وَالشَّرُّ مَقْرُونَانِ فِي قَرن ... وَالخَيْرُ مُتَّبَعٌ وَالشَّرُّ مَحْذُورُ

والصنف الثالث الإخوة والأخوات للأم يسمون بني الأخياف، والأخياف الأخلاط، لأنهم من أخلاط الرجال، وليس هم من رجل واحد، ولذلك سمي الخيف من مني لاجتماع أخلاط الناس فيه، وقيل: اختلاط الألوان الخافية، وقد قال الشاعر:

النَّاسُ أَخْيَافُ وَشَتَّى فِي الشِّيَمْ ... وَكُلُّهُمْ يَجْمَعُهُمْ بَيْتُ الأَدَمْ

يعني: أنهما أخلاط منهم الجيد، ومنهم الرديء، كبيت الأدم الذي يجمع الجلد كله، فمنه الكراع ومنه الظهر.

فرع: فأما الإخوة والأخوات للأم فيسقطون مع أربعة: مع الأب، مع الجد، ومع الولد ذكراً كان أو أنثى، ومع ولد الابن ذكراً كان أو أنثى، والدليل على ذلك قوله

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٩).
(٢) أخرجه الترمذي (٢٠٩٥)، وابن ماجه (٧٣٩)، والحاكم (٤/ ٣٣٦).
(٣) الأبيات من البسيط، وهي لعبد المسيح الغساني في لسان العرب (٢/ ٤٨٤ ـ سطح، ١١/ ٤٧٠ ـ علل)، وتهذيب اللغة (٤/ ٢٧٨).

تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النِّسَاء: ١٢] وقد كان سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه يقرأ وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت من أم فلكل واحد منهما السدس، وهذا يجوز أن يكون قاله تفسيراً، ويحتمل أن يكون تلاوة، وقد أجمعوا على أنهم الإخوة والأخوات من الأم، لأن الله تعالى قال: ﴿فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النِّسَاء: ١٢].

فرع: وأما الكلالة فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه سأل النبي ﷺ عنها فقال: تكفيك آية الصيف يعني: قوله في آخر سورة النساء: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ﴾ [النِّسَاء: ١٧٦]، لأنها نزلت في يوم صائف فلم يفهمها عمر وقال لحفصة رضي الله عنهما: إذا رأيت من رسول الله ﷺ طيب نفس فاسأليه، فرأت منه طيب نفس فسألته عنها فقال لها: أبوك كتب لك هذا ما أرى أباك يعلمها أبداً، فكان عمر يقول: ما أراني أعلمها أبداً. وقد قال رسول الله ﷺ ما قال، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ثلاث، لأن يكون رسول الله ﷺ بينهن أحب إليّ من الدنيا وما فيها الكلالة والخلافة والربا، وإنما لم يزده النبي ﷺ في بيان الكلالة، لأن في الآية من الإشارة ما يكتفي به المجتهد، وقد كان عمر رضي الله عنه من أهل الاجتهاد، وإن قصر عن إدراكه لعارض، وقد اختلف في الكلالة فروي عن ابن عباس في إحدى الروايتين عنه أن الكلالة ما دون الولد تعلقاً بقوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ ۚ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ [النِّسَاء: ١٧٦] وقال قوم: الكلالة ولد الأم تعلقاً بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ﴾ [النِّسَاء: ١٢] يعني في أم فاقتضى أن يكون هو الكلالة.

وقال الجمهور: إن الكلالة ما عدا الولد والوالد، وهذا قول أبي بكر وعلي وزيد وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ومالك ووجه ذلك أن ولد الأم لما سقطوا مع الوالد لسقوطهم مع الولد دل على أن الكلالة من عدا الوالد والولد وقد ذكر أبو إسحاق المروزي في شرحه عن عمرو بن شعيب أن النبي ﷺ قال: «الأخ من الأب والأم أولى من الكلالة»، ولأن الكلالة مصدر من تكلل النسب تشبيهاً بتكلل أغصان الشجرة على عمودها فالوالد أصلها والولد فرعها من سواهما من المناسبين كالأغصان المتكللة عليها وقيل: إن الكلالة من تكلل طرفاه فخلا عن الآباء والأبناء، وقيل: إن الكلالة مأخوذة من الإحاطة ومنه سمي الإكليل لإحاطته بالرأس فسمي هؤلاء كلالة لإحاطتهم بالطرفين، وقد قال الفرزدق في سليمان بن عبد الملك في وصول الخلافة إليهم عن آبائهم لا عن غيرهم:

وَرِثْتُمْ قَنَاةَ المُلْكِ غَيْرَ كَلَالَةٍ عَنْ ابْنِ مَنَافٍ عَبْدِ شَمْسٍ وَهَاشِمِ (١)

وقال الآخر:

فَإِنَّ أَبَا المَرْءِ أَحْمَى لَهُ وَمَوْلَى الكَلَالَةِ لَا يَغْضَب

يعني: مولى غير الوالد والولد.

فرع: فإذا ثبت أن الكلالة من عدا الوالد والولد فقد اختلفوا هل هو اسم للميت أو للورثة، فقال قوم: الكلالة اسم الميت إذا لم يكن له ولد ولا والد، وبه قال أبو بكر وعلي وزيد وابن مسعود رضي الله عنهم وإليه مال الشافعي، لأن الله تعالى قال: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ﴾ [النِّسَاء: ١٢] فجعل ذلك صفة للموروث ولو كانت صفة للوارث لقال وإن كان رجل يرثه كلالة، ولأنه يقال عقيم لمن لا ولد له، ويتيم لمن لا والد له، وكلالة لمن لا ولد له، ولا والد، وقال آخرون: الكلالة اسم للورثة إذا لم يكن فيهم ولد ولا والد، قال الشافعي وهذا أيضاً صحيح.

وإن قيل: لم يتعد، لأن الله تعالى قال: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ ۚ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ﴾ [النِّسَاء: ١٧٦] فكانت الفتيا عن الكلالة ما بينه من الحكم من ولد الأب.

وقال آخرون: الكلالة من الأسماء المشتركة تنطلق على الميت إذا لم يترك ولد ولا والد وعلى الورثة إذا لم يكن فيهم ولد ولا والد، لاحتمال الأمرين.

قالوا: فالكلالة التي في قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ﴾ [النِّسَاء: ١٢] اسم للميت والتي في قوله تعالى: ﴿قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ ۚ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ [النِّسَاء: ١٧٦] اسم للورثة والله أعلم.

مسألة (٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا تَرِثُ الإِخْوَةُ وَلَا الأَخَوَاتُ مَنْ كَانُوا مَعَ الأَبِ وَلَا مَعَ الابْنِ وَلَا مَعَ ابْنِ الابْنِ وَإِنْ سَفُلَ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح الإخوة والأخوات للأب والأم يسقطون مع ثلاثة مع الابن دون البنت ومع ابن الابن ومع الأب ولا يسقطون مع الجد على ما نذكره في باب الجد، وحكي عن عبد الله بن عباس في رواية تشذ عنه أنه كان مع الأبوين إخوة حجبوا الأم من الثلث إلى السدس واستحقوا السدس الذي حجبوا الأم عنه، لأن الأب لا يستحقه مع عدم الإخوة، فوجب أن لا يستحقه بوجود الإخوة، والدليل على فساد هذا القول قول الله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ۚ﴾ [النِّسَاء: ١١] فكالباقي بعده للأب ثم

(١) ديوان الفرزدق (ص٦١٢).
(٢) انظر الأم (٣/ ١٣٩).

قال: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النِّسَاء: ١١] فدل الظاهر على أن الباقي أيضاً للأب.

ولأن الإخوة لا يرثون مع الأب وحده، فكان أولى أن لا يرثوا معه ومع الأم، ولأن من أدلى بعصبة لم يرث مع وجود تلك العصبة كابن الابن مع الابن وكالجد مع الأب.

فإن قيل: أفليس الإخوة للأم يدلون بالأم ويرثون معها، فهلا كان الإخوة مع الأب وإن أدلوا به يرثون معه.

قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الإخوة للأب عصبة يدلون بعصبة فلم يجز أن يدفعوه عن حقه مع إدلائهم به، والإخوة للأم ذو فرض لا يدفعون الأم عن فرضها فجاز أن يرثوا معها.

والثاني: أن الإخوة للأم لا تأخذ الأم فرضهم إذا عدموا فلم يدفعهم عنه إذا وجدوا والإخوة للأب يأخذ الأب حقهم، إذا عدموا فدفعهم عنه إذا وجدوا. فأما حجبهم الأم عن السدس فليس كل من حجب عن فرض استحق ذلك الحجب، ألا ترى أن فرض البنت النصف لو لم تحجب أحداً ولو حجبت الزوج إلى الربع والزوجة إلى الثمن والأم إلى السدس لم يعد عليها ما حجبتهم عنه من الفروض وكذلك الأخوة.

فرع: فأما الإخوة والأخوات للأب فيسقطون مع من تسقط معه الإخوة والأخوات للأب والأم من الابن وابن الابن والأب ويسقطون أيضاً مع الإخوة والأخوات للأب والأم لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات».

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَرِثُ مَعَ الأَبِ أَبَوَاهُ وَلَا مَعَ الأُمِّ جَدَّةٌ وَهَذَا كُلُّهُ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَمَعْنَاهُ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: لا خلاف أن الجدات لا يرثن مع الأم سواء من كن منهن من قبل الأب أو من قبل الأم لأنهن يرثن بالولادة فكانت الأم أولى منهن لأمرين:

أحدهما: أنها مباشرة للولادة بخلافهن.

والثاني: أن الولادة فيها معلومة وفي غيرها مظنونة فلفوتها بهذين أحجبت جميع الجدات.

وأما الأب فلا خلاف أنه يحجب أباه وهو الجد ولا يحجب الجدة من قبل الأم

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٣٩).

واختلفوا في حجبه لأمه فمذهب الشافعي إلى أن الجدة أم الأب تسقط بالأب كالجد، وبه قال من الصحابة عثمان وعلي والزبير وسعد بن أبي وقاص وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم ومن التابعين سعيد بن المسيب وابن سيرين ومن الفقهاء: مالك والثوري والأوزاعي.

وقال أبو حنيفة: الجدة أم الأب ترث مع الأب كما ترث مع أم الأم وبه قال من الصحابة: عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وعمران بن الحسين وأبو موسى الأشعري رضي الله عنهم، ومن التابعين: الحسن البصري وشريح وعروة بن الزبير ومن الفقهاء: عطاء بن أبي رباح وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وأهل البصرة استدلالاً بما روي عن عبد الله بن مسعود أنه قال في الجدة مع ابنها أنها أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ سدساً وابنها حي[١]. وروى الحسن عن النبي ﷺ أنه ورث الجدة مع ابنها[٢]. وروي أنه ورث حسكة مع ابنها ولأنه ضعف الأب عن حجب أم الأم وهي بإزائها ضعف أيضاً عن حجبها، ولأن الجدة، وإن أدلت بالأب فهي غير مضرة به، لأنها تشارك أم الأم في فرضها فجرى مجرى الإخوة للأم لما لم يضروا بالأم لم يسقطوا مع الأم.

ودليلنا هو أن كل من أدلى إلى الميت بأب وارث سقط به كالجد والإخوة ولأن الإدلاء إلى الميت بمن يستحق جميع الميراث يمنع من مشاركته في الميراث كولد الابن مع الابن وولد الإخوة مع الإخوة، ولأنها جدة تدلي بولدها فلم يجز أن تشارك ولدها في الميراث كالجدة أم الأم مع الأم، وأما المروي عن النبي ﷺ أنه ورث الجدة وابنها حي فضعيف، لأن صحته تمنع من اختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه، ثم لو سلم لكان عليه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أنه محمول على توريث الجدة أم الأم مع ابنها الذي هو الخال.

والثاني: أنه محمول على توريث أم الأب مع ابنها وهو العم.

والثالث: أنه يجوز أن يكون مع الأب إذا كان كافراً أو قاتلاً ويستفاد بذلك أن لا يسقط ميراثاً بسقوط من أدلت به.

فأما أم الأم فإنما لم يحجبها الأب لإدلائها بغيره وليس كذلك أمه لإدلائها به وأما عدم إضرارها بالأب فقد تضر به، لأنها تأخذ فرضها من مال كان يستوعبه بالتعصيب، ثم لو لم تضر لجاز أن يسقطها كما يسقط الإخوة للأم وإن لم يضروه والله أعلم.

باب المواريث

قَالَ[٣] الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ وَلَدٍ وَإِنْ

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٢٨٦).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٦/ ٢٢٦).

(٣) انظر هامش الأم (٣/ ١٣٩).

سَفُلَ فَلَهُ الرُّبُعُ».

قال في الحاوي: اعلم أن ما نص الله تعالى عليه من المواريث نوعان:

أحدهما: ما جعله مرسلاً وهو مواريث العصبات يستوعبون المال إذا لم يكن فرض ويأخذون الباقي بعد الفرض قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَـٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾ [النِّسَاء: ١١] فذكره بلفظ الوصية لأنهم كانوا يتوارثون قبل نزولها بالوصية وقال الله: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخۡوَةٗ رِّجَالٗا وَنِسَآءٗ فَلِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۗ﴾ [النِّسَاء: ١٧٦].

والثاني: جعله فرضاً مقدراً والفروض المنصوص عليها في كتاب الله تعالى ستة نص الله تعالى عليها في الآي الثلاث من سورة النساء وهي: النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس فكأنهما النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما.

فأما النصف ففرض خمسة: فرض الزوج إذا لم يحجب، وفرض البنت فرض بنت الابن وفرض الأخت للأب والأم وفرض الأخت للأب.

وأما الربع ففرض اثنين فرض الزوج مع الحجب وفرض الزوجة أو الزوجات مع عدم الحجبة.

وأما الثمن فهو فرض واحد وهو فرض الزوجة والزوجات مع الحجب.

وأما الثلثان ففرض أربعة: فرض البنتين فصاعداً وفرض الابن فصاعداً وفرض الأخت من الأب فصاعداً وفرض الأختين للأب فصاعداً أما الثلثان فرض كل اثنين كان فرض إحداهما النصف، وأما الثلث ففرض فريقين فرض الأم إذا لم تحجب وفرض الابنين فصاعداً من ولد الأم.

وأما السدس ففرض سبعة فرض الأب وفرض الجد وفرض الأم مع الحجب وفرض الجدة أو الجدات وفرض الواحد من ولد الأم، وفرض بنت الابن مع بنت الصلب، وفرض الأخت مع الأب مع الأخت من الأب والأم، ولا يجوز أن يجتمع ثلثان وثلثان، ولا ثلث وثلث، ولا نصف ولا نصف إلا في زوج وأخت، فأما في بنت وأخت فليس نصف الأخت مع البنت فرضاً، ولا يجوز أن يجتمع ربعان ولا ربع وثمن.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من ا لفروض فقد بدأ الشافعي بفرض الزوج وفرضه النصف إن لم يكن للميتة ولد ولا ولد ابن فإن كان لها ولد أو ولد ابن ففرضه الربع. قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمۡ نِصۡفُ مَا تَرَكَ أَزۡوَٰجُكُمۡ إِن لَّمۡ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٞۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٞ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكۡنَۚ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِينَ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٖۚ﴾ [النِّسَاء: ١٢] فصار فرض الزوج النصف وقد يأخذه تارة كاملاً وتارة عائلاً وأقل فرض الربع، وقد يأخذه تارة كاملاً وتارة عائلاً ولا فرق في حجب الزوج بين أن يكون الولد منهما أو منها دونه سواء

كان ذكراً أو أنثى، صغيراً أو كبيراً، وهكذا ولد الابن يحجب الزوج كما يحجبه الولد واختلف أصحابنا هل يحجب بالاسم أو بالمعنى، فقال بعضهم: يحجب بالاسم، لأنه يسمى ولداً.

وقال آخرون: يحجب بالمعنى لا بالاسم، لأن حقيقة الولد ينطلق على ولد الصلب، فلذلك قلنا إن من وقف على ولده لم يكن لولد ولده فيه حق فأما في الحجب فقد أجمعوا أنه يقوم فيه مقام الولد إلا ما يحكى عن مجاهد حكاية شاذة أن الزوج والزوجة لا يحجبان بولد الولد، وهذا قول مدفوع بالإجماع، والمعنى إن نازع في الاسم، فعلى هذا لا فرق في ولد الابن بين ذكورهم وإناثهم الواحد والجماعة فيه سواء.

فأما ولد البنت فلا يحجب، لأنه من ذوي الأرحام، وقول الشافعي فإن كان للميت ولد أو ولد ولد إنما أراد به ولد الابن دون ولد البنت، وليس كما جهل بعض الناس فعابه وخطأه فيه.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلِلْمَرْأَةِ الرُّبُعُ فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ وَلَدٍ وَإِنْ سَفُلَ فَلَهَا الثُّمُنُ وَالمَرْأَتَانِ وَالثَّلَاثُ وَالأَرْبَعُ شُرَكَاءُ فِي الرُّبُعِ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَفِي الثُّمُنِ إِذَا كَانَ وَلَدٌ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: للزوجة فرضان أعلى وأدنى فأما الأعلى فهو الربع يفرض لها إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن فأعلى فرضها هو أدنى فرض الزوج، لأن ميراث المرأة على النصف من ميراث الرجل إلا في موضعين:

أحدهما: الأبوان معهم الابن.

والثاني: الإخوة والأخوات للأم فإنه يستوي فيهما الذكور والإناث ويتفاضلون فيما سواهما.

ثم هذا الربع قد تأخذه تارة كاملاً وتارة عائلاً فإن كان للميت ولد أو ولد ابن وإن سفل منهما أو منه دونها فلها الثمن ثم قد تأخذ الثمن تارة كاملاً وتارة عائلاً ثم هذان الفرضان أخذا من نص الكتاب قال الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمۚ﴾ [النساء: ١٢] فإن كن أكثر من واحدة اشتركن ولو كن أربعاً في الربع، إذا لم يحجبن.

وفي الثمن إذا حجبن وصرن والجدات سواء يشتركن في الفرض الواحد وإن كثرن ولا يزيد بزيادتهن.

---

(١) انظر الأم (٣/١٣٩، ١٤٠).

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلِلأُمِّ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ وَلَدٍ أَوْ اثْنَانِ مِنَ الإِخْوَةِ أَوْ الأَخَوَاتِ فَصَاعِداً فَلَهَا السُّدُسُ إِلَّا فِي فَرِيضَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا زَوْجٌ وَأَبَوَانِ وَالأُخْرَى امْرَأَةٌ وَأَبَوَانِ فَإِنَّهُ يَكُونُ فِي هَاتَيْنِ الفَرِيضَتَيْنِ للأُمِّ ثُلُثُ مَا يَبْقَى بَعْدَ نَصِيبِ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ وَمَا بَقِيَ فَلِلأَبِ».

قال في الحاوي: اعلم أن للأم في ميراثها ثلاثة أحوال:

إحداهن: أن يفرض لها الثلث وهو أكمل أحوالها وذلك إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ولا اثنان فصاعداً من الإخوة والأخوات قال الله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ﴾ [النِّساء: ١١] فاقتضى الكلام أن الباقي بعد ثلث الأم للابن وهذا الثلث قد تأخذه تارة كاملاً وقد تأخذه تارة عائلاً.

والحالة الثانية: أن يفرض لها السدس وذلك أقل أحوالها إذا حجبت عن الثلث وحجبها عن الثلث إلى السدس يكون بصنفين:

أحدهما: الولد أو ولد الابن يحجب الأم عن الثلث إلى السدس ذكراً كان أو أنثى كما قلنا في حجب الزوج والزوجة وسواء في ذلك الولد أو ولد الابن بالإجماع إلا ما خالف فيه مجاهد وحده حيث لم يحجب بولد الابن وقد تقدم ذكره.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُۚ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النِّساء: ١١].

والثاني: حجبها بالإخوة والأخوات فالواحد منهم لا يحجبها إجماعاً والثلاثة من الإخوة والأخوات يحجبونها عن الثلث إلى السدس إجماعاً لقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ [النِّساء: ١١]. وسواء كان الإخوة لأب وأم أو لأب أو أم وسواء كان الإخوة ذكوراً أو إناثاً وقال الحسن البصري: لا أحجب الأم بالأخوات المنفردات تعلقاً بقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ [النِّساء: ١١]

واسم الأخوة لا ينطلق على الأخوات بانفرادهن وإنما يتأولهن العموم إذا دخلن مع الإخوة تبعاً، وهذا خطأ، لأن الله تعالى إنما أراد بذلك الجنس وإذا كان الجنس مشتملاً على الفريقين غلب في اللفظ حكم التذكير، على أن الإجماع يدفع قول الحسن عن هذا القول.

فأما حجب الأم بالاثنين من الإخوة والأخوات فالذي عليه الجمهور أنها تحجب بهما إلى السدس وهو قول عمرو وعلي وزيد بن مسعود رضي الله عنهم والشافعي ومالك وأبي حنيفة وجماعة الفقهاء وانفرد عبد الله بن عباس فخالف الصحابة بأسرهم فلم

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٠).

يحجبها إلا بالثلاثة من الإخوة والأخوات فصاعداً وهي إحدى مسائله الأربعة التي خالف فيها جميع الصحابة استدلالاً بظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النِّسَاء: ١١] فذكر الإخوة بلفظ الجمع، وأقل الجمع المطلق ثلاثة وروي أن عبد الله بن عباس دخل على عثمان بن عفان رضي الله عنهما فقال: ما بال الأخوات يحجبن الأم عن الثلث والله تعالى يقول: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ﴾ [النِّسَاء: ١١]، فقال عثمان: ما كنت لأغير شيئاً توارث الناس عليه وصار في الآفاق فدل هذا القول من عثمان على انعقاد الإجماع وإن لم ينقرض العصر على أن الأخوين يحجبانها، ولم يأخذ بقول ابن عباس أحد ممن تأخر إلا داود بن علي.

والدليل على صحة ما ذهب إليه إجماع من حجبها بالاثنين من الإخوة والأخوات هو أن كل عدد روعي في تغيير الفرض فالاثنان منهم يقومان مقام الجمع كالأختين في الثلثين وكالأخوين من الأم في الثلث، فكذلك في الحجب وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الاثنان فما فوقهما جماعة»[1]. وقد جاء في كتاب الله تعالى في العبارة عن الاثنين بلفظ الجمع في قوله تعالى: ﴿إِذْ دَخَلُوا۟ عَلَىٰ دَاوُۥدَ فَفَزِعَ مِنْهُمْ ۖ قَالُوا۟ لَا تَخَفْ ۖ خَصْمَانِ بَغَىٰ بَعْضُنَا عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [صٓ: ٢٢] فذكرهم بلفظ الجمع وهم اثنان وقال تعالى: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ۝٧٨﴾ [الأنبيَاء: ٧٨] فإذا ثبت هذا لم يمتنع ذلك في ذكر الإخوة في الحجب بلفظ الجمع وإذا كان كذلك وجب حجبها بما اتفق عليه الجمهور من الاثنين فصاعداً سواء كانا أخوين أو أختين أو أخ وأخت لأب وأم أو لأب أو لأم.

فصل:

من فروض الأم أن تكون الفريضة زوجاً وأبوين فيكون للأم الثلث ما بقي بعد فرض الزوج أو الزوجة والباقي للأب وبه قال جمهور الصحابة وتفرد ابن عباس بخلافهم وهي المسألة الثانية من المسائل الأربع التي خالفهم فيها، فقال للأم ثلث جميع المال من الزوج والأبوين وفي الزوجة استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النِّسَاء: ١١] فلم يجز أن تأخذ أقل منه، وحكي عن محمد بن سيرين مذهب خالف به القولين فقال: أعطيها ثلث ما بقي من زوج وأبوين كقول الجماعة، لأنها لا تفضل على الأب وأعطيها من زوجة وأبوين ثلث جميع المال كقول ابن عباس، لأنها لا تفضل بذلك على الأب.

والدليل على أن لها في المسألتين معاً ثلث الباقي بعد فرض الزوج والزوجة قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النِّسَاء: ١١] فجعل للأم الثلث من ميراث الأبوين

(١) أخرجه ابن ماجه (٩٧٢)، والدارقطني (١/ ٢٨١)، والحاكم (٤/ ٣٣٤).

وميراثهما هو ما سوى فرض الزوج أو الزوجة فلم يجز أن يزاد على ثلث ما ورثه الأبوان، ولأن الأبوين إذا انفرد كان المال بينهم أثلاثاً للأم ثلثه وللأب ثلثاه فوجب إذا زاحمها ذوو فرض أن يكون الباقي منه بينهما للأم ثلثه وللأب ثلثاه ولأن الأب أقوى من الأم، لأنه يساويها في الفرض ويزيد عليها بالتعصيب فلم يجز أن تكون أزيد سهماً منه بمجرد الرحم.

فإن قيل: فالجد يساوي الأب إذا كان مع الأم عند عدم الأب ثم للأم مع الزوج والجد ثلث جميع المال، وإن صارت فيه أقل من الجد كذلك مع الأب قبل الأب أقوى من الجد لإدلاء الجد بالأب، ولإسقاط الأب من لا يسقط بالجد، ولأنه مساوٍ للأم في درجته مع فضل التعصيب، والجد أبعد منها في الدرجة وإن زاد الأب في التعصيب فلقوة الأب على الجد لم يجز أن يساوي بينهما في التفضيل على الأم والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ وَلِلابْنَتَيْنِ فَصَاعِداً الثُّلُثَانِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: أما البنت الواحدة إذا انفردت ففرضها النصف بنص الكتاب قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتۡ وَٰحِدَةٗ فَلَهَا ٱلنِّصۡفُۚ﴾ [النِّسَاء: ١١] فإن كن اثنتين فصاعداً ففرضها الثلثان وبه قال جمهور الصحابة رضي الله عنهم وسائر الفقهاء وقال عبد الله بن عباس في رواية عنه شاذة إن فرض البنتين النصف كالواحدة وفرض الثلاث فصاعداً الثلثان استدلالاً بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ فَإِن كُنَّ نِسَآءٗ فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَۖ﴾ [النِّسَاء: ١١] فجعل الثلثين فرضاً لمن زاد على الاثنين والدليل على صحة ما ذهب إليه الجمهور وهو مروي عنه أيضاً أن الله تعالى صرح في الأخوات بأن فرض الاثنتين فصاعداً الثلثان وقال في البنات: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءٗ فَوۡقَ ٱثۡنَتَيۡنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا تَرَكَۖ﴾ [النِّسَاء: ١١] فاحتمل أن يكون هذا العمل محمولاً على ذلك التصريح المقيد في الأخوات واحتمل أن يكون بخلافه على ما حكى عن ابن عباس فكان حمله على الوجهين الأولين أولى من حمله على ما قال ابن عباس لأمرين ترجيح واستدلال.

أحدهما: أنه لما استوى فرض البنت والأخت في النصف اقتضى أن يستوي فرض البنتين والأختين.

والثاني: أن البنات أقوى في الميراث من الأخوات، لأنهن يرثن مع من يسقط الأخوات، فلم يجز أن يكون فرض الأختين مع ضعفهن الثلثين ويكون فرض البنتين مع قوتهن النصف: وليس يمنع أن يكون قوله فوق صلة زائدة كما قال تعالى: ﴿فَٱضۡرِبُواْ فَوۡقَ

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٠).

﴿ٱلْأَعْنَاقِ﴾ [الأنفال: ١٢] ثم يدل على ذلك من طريق السنة ما رواه عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله: أن النبي ﷺ أعطى بنتي سعد بن الربيع مع أمهما وعمهما الثلثين والأم والثمن والباقي للعم وهذا نص. وقد روينا الخبر بكماله في صدر الكتاب، ولأنه لما كان فرض البنت الواحدة مع بنت الابن الثلثين النصف والسدس، فلا يكون الثلثان فرض البنتين أولى.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا اسْتَكْمَلَ البَنَاتُ الثُّلُثَيْنِ فَلَا شَيْءَ لِبَنَاتِ الابْنِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلْمَيِّتِ ابْنُ ابْنٍ فَيَكُونَ مَا بَقِي لَهُ وَلِمَنْ فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَقْرَبَ إِلَى المَيِّتِ مِنْهُ مِنْ بَنَاتِ الابْنِ مَا بَقِيَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال متى استكمل بنات الصلب الثلثين فلا شيء لبنات الابن إذا انفردن عن ذكر في درجتهن أو أسفل منهن وسقطن إجماعاً، فإن كان معهن ذكر في درجتهن كبنت ابن وابن ابن من أب واحد أو من أبوين أو كان الذكر أسفل منهن بأن يكون مع بنت الابن ابن ابن ابن فإنه يعصبهن ويكون الباقي بعد الثلثين فرض البنات بين بنات الابن والابن الابن للذكر مثل حظ الأنثيين، وهكذا إذا كان الذكر أسفل منهن وهذا قول الجماعة من الصحابة والفقهاء وتفرد عبد الله بن مسعود فجعل الباقي بعد الثلثين لابن الابن دون بنات الابن وهي إحدى مسائله التي تفرد فيها بمخالفة الصحابة ووافقه على ذلك أبو ثور وداود استدلالاً بأن فرض البنات الثلثان فلا يجوز أن يزدن عليه فإذا استكمله بنات الصلب سقط بهن بنات الابن لاستيعاب الفرض وصار الفاضل عنه إلى ابن الابن بالتعصيب.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] فكان على عمومه ولأن الذكر من الولد إذا كان في درجته أنثى عصبها ولم يسقطها كأولاد الصلب، ولأن كل أنثى تشارك أخاها إذا لم يزاحمها ذو فرض تشاركه مع مزاحمة ذي الفرض كمزاحمة الزوج.

فأما استدلاله بأن فرض البنات الثلثان فهو كذلك ونحن لم نعط بنت الابن فرضاً، وإنما أعطيناها بالتعصيب والله أعلم.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ إِلَّا ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ وَبِنْتُ ابْنٍ أَوْ بَنَاتُ ابْنٍ فَلِلابْنَةِ النِّصْفُ وَلِبِنْتُ الابْنِ أَوْ بَنَاتِ الابْنِ السُّدُسُ تَكْمِلَةُ الثُّلُثَيْنِ وَتَسْقُطُ بَنَاتُ

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٤١).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٤١).

ابْنِ الابْنِ إِذَا كُنَّ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ ابْنُ ابْنٍ فِي دَرَجَتِهِنَّ أَوْ أَبْعَدَ مِنْهُنَّ فَيَكُونَ مَا بَقِيَ لَهُ وَلِمَنْ فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَقْرَبَ إِلَى المَيِّتِ مِنْهُ مِنْ بَنَاتِ الابْنِ مِمَّنْ لَمْ يَأْخُذْ مِنَ الثُّلُثَيْنِ شَيْئاً لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ وَيَسْقُطُ مِنْ أَسْفَل مِنَ الذَّكَرِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ وَكَانَ مَعَ بِنْتِ الابْنِ أَوْ بَنَاتِ الابْنِ ابْنُ ابْنٍ فِي دَرَجَتِهِنَّ فَلَا سُدُسَ لَهُنَّ وَلَكِنْ مَا بَقِيَ لَهُ وَلَهُنَّ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا ترك الميت بنتاً وبنت ابن كان للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين لرواية الأعمش عن أبي قيس الأودي عن هذيل بن شرحبيل الأودي قال: جاء رجل إلى أبي موسى الأشعري وسلمان بن ربيعة يسألهما عن ابنة وابنة ابن وأخت لأب وأم فقالا لابنته النصف وللأخت من الأب والأم النصف ولم يورثا بنت الابن شيئاً، وأما ابن مسعود فإنه سيتابعنا فأتاه الرجل فسأله وأخبره بقولهما، فقال لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين ولكن سأقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ لابنته النصف ولابنه الابن سهم تكمله الثلثين، وما بقي فللأخت من الأب والأم(١).

وهكذا لو كانت الفريضة بنتاً وعشر بنات ابن كان للبنت النصف ولعشر بنات الابن السدس وإن كثرن وهكذا لو كانت الفريضة بنتاً وعشر بنات ابن ابن أسفل من بنت الصلب بثلاث درج كان لهن السدس، كما لو علون فإن كان معهن ذكر سقط فرض السدس لهن، وكان الباقي بعد نصيب البنت بين بنات الابن وأختهن للذكر مثل حظ الأنثيين، لأنه عصبهن، وهذا قول الجماعة.

وقال ابن مسعود: وهي ثان مسائله التي تفرد فيها بخلاف الصحابة أن لبنات الابن إذا شاركهن ذكر أقل الأمرين من السدس الباقي من فرض البنات بعد نصف البنت أو المقاسمة.

فإن كانت مقاسمة الذكر الذي في درجتهن أنقص لسهمين من السدس قاسمهن ثم ما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كانت المقاسمة أزيد من السدس فرض لهن السدس، وجعل الباقي بعد الثلثين للذكور من بني الابن، وتابعه على ذلك أبو ثور داود استدلالاً بأن فرض البنات الثلثان فلم يجز أن يزدن عليه، وهذا فساد من وجهين:

أحدهما: أن اشتراك البنتين والبنات في الميراث يوجب المقاسمة دون الفرض قياساً على ولد الصلب.

والثاني: أن الذكر إذا دفع أخته عن المقاسمة أسقطها كولد الأخوة وإذا لم يسقطها شاركته كالولد، وفي قول ابن مسعود دفع لهذين الأصلين وقوله إن فرض البنات لا يزيد

---

(١) أخرجه البخاري (٦٧٣٦)، وأبو داود (٢٨٩٠)، والترمذي (٢٠٩٣)، وابن ماجه (٢٧٢١)، والحاكم (٤/ ٣٣٤)، وأحمد (١/ ٣٨٩، ٤٢٨).

على الثلثين فهو على ما قال غير أننا نسقط مع مشاركة الذكر فرضهن فيما يأخذنه بالتعصيب دون الفرض.

فرع:

فلو ترك بنتاً وبنت ابن وابن ابن ابن كان للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكمله الثلثين والباقي لابن ابن الابن لا يعصب عمته إذا كان لها فرض كما أن ابن الابن لا يعصب البنت، لأنها ذات فرض فلو كانت المسألة بحالها بنتاً وبنت ابن ابن معها أخوها كان للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين والباقي بين السفلى وأخيها للذكر مثل حظ الأنثيين. وهكذا لو كان الذكر أسفل منها بدرجة فكان ابن ابن ابن ابن كان الباقي بعد نصف البنت وسدس بنت الابن من بنت ابن الابن وبين ابن أخيها الذي هو ابن ابن ابن للذكر مثل حظ الأنثيين وعصبها مع نزوله عن درجتها، لأنها ليست ذات فرض والله أعلم.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ مَعَ البِنْتِ أَوِ البَنَاتِ لِلصُّلْبِ ابْنٌ فَلَا نِصْفَ وَلَا ثُلُثَيْنِ وَلَكِنَّ المَالَ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ وَيَسْقُطُ جَمِيعَ وَلَدِ الابْنِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: إذا كان مع البنت أو البنات اللاتي للصلب ابن سقط به فرض البنات وأخذن المال معه بالتعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ [النِّسَاء: ١١] إلا شيئين فسقط بالابن جميع أولاد الابن سواء كانوا منه أو من غيره كما سقط بالإخوة بنو الإخوة وبالأعمام لرواية ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «أقسم المال بين أهل الفرائض على كتاب الله فما تركت الفرائض فلأولى رجل ذكر»[2].

مسألة[3]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَوَلَدُ الابْنِ بِمَنْزِلَةِ وَلَدِ الصُّلْبِ فِي كُلٍّ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدَ صُلْبٍ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح وهذا مما قد انعقد الإجماع عليه أن ولد الابن يقومون مقام ولد الصلب إذا عدم ولد الصلب في فرض النصف لإحداهن الثلثين لمن زاد وفي مقاسمة إخوتهن للذكر مثل حظ الأنثيين وفي حجب الأم والزوج والزوجة إلا مجاهداً، فإنه خالف في الحجب بهم ووافق فيها سوى ذلك من أحكامهم وهو مع دفع

(١) انظر الأم (٣/ ١٤١).
(٢) أخرجه البخاري (٦٧٣٢)، ومسلم (٢/ ١٦١٥).
(٣) انظر الأم (٣/ ١٤١).

قوله بالإجماع محجوج بموافقته على ما سوى الحجب أن يكون دليلاً عليه في الحجب ثم إذا كانت بنت الابن تقوم مقام بنت الصلب عند عدمها كانت بنت الابن معها في استحقاق السدس قائمة مقام بنت الابن مع ابنة الصلب، والله أعلم.

فصل: فعلى هذا لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض فتنزيلهن أن العليا منهن هي بنت ابن والوسطى هي بنت ابن ابن والسفلى منهن هي بنت ابن ابن ابن فعلى هذا يكون للعليا النصف وللوسطى السدس وتسقط السفلى فإن كان مع السفلى أخوها كان الباقي بعد النصف والسدس بين السفلى وأخيها للذكر مثل حظ الأنثيين وهكذا لو كان مع السفلى ابن عمها كان في درجتها وعصبها فأخذ الباقي معها للذكر مثل حظ الأنثيين وهكذا لو كان مع الوسطى ابن أخيها فهو في درجة السفلى فيعصبها فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين فلو كان مع السفلى ابن أخيها وكان أسفل منها بدرجة فيعصبها أيضاً فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين، لأن ولد الابن يعصب أخته ومن علا عماته اللاتي ليس لهن فرض مسمى ويعصب من كان في درجته وإن كان لها فرض مسمى فلو ترك أربع بنات ابن بعضهن أسفل من بعض مع السفلى منهن أخوها أو ابن عمها أو ابن أخيها فللعليا النصف وللثانية السدس والباقي بين الثالثة والرابعة والذكر الذي في درجة السفلى أو أسفل منها للذكر مثل حظ الأنثيين فلو ترك بنتي ابن وبنت ابن ابن وبنت ابن ابن ابن معها أخوها كان لبنتي الابن الثلثان والباقي بين بنت ابن الابن وبين بنت ابن ابن الابن وأخيها للذكر مثل حظ الأنثيين، لأن استيفاء بنتي الابن الثلثين يسقط فرض من بعدهما ويأخذ الباقي بمشاركة الذكر الذي في درجتهن أو أسفل منهن بالتعصيب فلو ترك بنت صلب وثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض كان لبنت الصلب النصف ولبنت الابن العليا السدس تكملة الثلثين وسقطت الوسطى والسفلى من بنات الابن فإن كان مع السفلى أخوها أو ابن عمها أو ابن أخيها عصبها وعصب الوسطى التي هي أعلى منها وكان الباقي بعد النصف والسدس بين الوسطى والسفلى وأخيها أو ابن أخيها للذكر مثل حظ الأنثيين فلو ترك بنات ابن بعضعهن أسفل من بعض مع كل واحدة منهن أخوها كان المال كله بين العليا وأخيها للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط من بعدهما فلو كان مع كل واحدة من بنات الابن الثلاث ابن أخيها كان للعليا منهن النصف، لأن ابن أخيها في درجة الوسطى وكان الباقي بعد نصفها للوسطى وابن أخي العليا للذكر مثل حظ الأنثيين فلو كان مع كل واحدة من بنات الابن الثلاث ابن عمها كان كالأخ، لأنه في درجة كل واحدة منهن فيكون المال كله بين العليا وبين ابن عمها للذكر مثل حظ الأنثيين فلو كان مع كل واحدة من بنات الابن الثلاث خالها فخال بنات الابن أجنبي من الميت فيكون وجوده كعدمه فلو كان مع كل واحدة منهن عم ابن أخيها فهو أخوها فيكون على ما مضى المال كله بين العليا وعم ابن أخيها للذكر مثل حظ الأنثيين فلو كان مع العليا ثلاث بنات أعمام مفترقين ومع السفلى

ثلاثة بنات أعمام متفرقين.

فإن كان الميت رجلاً كان للعليا وبنت عمها لأبيها وأمها وبنت عمها لأبيها الثلثان وتسقط بنت عمها، لأنها بنت أم الميت وكان الباقي بين الوسطى والسفلى وابن عمها لأبيها وأمها وابن عمها لأبيها للذكر مثل حظ الأنثيين ويسقط ابن عم السفلى لأمها وإن كان الميت امرأة كان الثلثان بين العليا وبنت عمها لأبيها وأمها وبنت عمها لأمها وتسقط بنت عمها لأبيها، لأنها بنت زوج الميتة فلو كان مع العليا ثلاث عمات متفرقات ومع السفلى عم وعمة ابن أخيها وخال وخالة ابن أخيها فإن كان الميت رجلاً فلعمته العليا لأبيها وأمها وعمتها لأبيها الثلثان، لأنها بنت الميت ولا شيء لعمتها لأمها، لأنها بنت امرأته وإن كان الميت امرأة فلعمتها لأبيها وأمها وعمتها لأمها الثلثان ولا شيء لعمتها لأبيها، لأنها بنت زوج الميتة ثم يكون ما بقي بعد الثلثين في الحالين جميعاً بين العليا والوسطى والسفلى وعم وعمة ابن أخيها وخال وخالة ابن أخيها، لأن كل هؤلاء في درجتها للذكر مثل حظ الأنثيين ثم على قياس هذا جميع مسائل هذا الفصل.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَبَنُو الإِخْوَةِ لَا يَحْجُبُونَ الأُمَّ عَنْ الثُّلُثِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح لا اختلاف فيه بين الفقهاء أن بني الأخوة لا يحجبون الأم عن الثلث إلى السدس بخلاف آبائهم وإن حجبها ولد الولد كآبائهم والفرق بين بني الإخوة وبين بني الابن في الحجب من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن بني الإخوة لا ينطلق عليهم اسم الإخوة وبني الابن ينطلق عليهم اسم الابن.

والثاني: أن بني الإخوة لما ضعفوا عن تعصيب أخواتهم بخلاف آبائهم ضعفوا عن حجب الأم بخلاف آبائهم وبنو الابن لما قووا عى تعصب أخواتهم كآبائهم قووا على حجب الأم كآبائهم.

والثالث: أن الولد أقوى في الحجب من الإخوة لأنهم يحجبون مع الأم الزوج والزوجة بخلاف الإخوة فكان ولد الولد أقوى في الحجب من أولاد الإخوة والله تعالى أعلم.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَا يَرِثُونَ مَعَ الجَدِّ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح، لأنه إجماع لا يعرف فيه خلاف أن بني الإخوة لا

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٢).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٤٢).

يرثون مع الجد إن ورث معه آبائهم لأمرين:

أحدهما: أن الجد أقرب إلى أب الميت من بني الإخوة فوجب أن يكون أحق بميراثه من بني الإخوة.

والثاني: أن الجد كالإخوة في المقاسمة فوجب أن يسقط معه بنو الإخوة كما يسقطون بالإخوة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلِوَاحِدِ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ السُّدُسُ وَلِلاثْنَيْنِ فَصَاعِداً الثُّلُثُ ذَكَرُهُمْ وَأُنْثَاهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: فرض الواحد من الإخوة والأخوات للأم السدس قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النِّسَاء: ١٢] وكان سعد بن أبي وقاص يقرأ وكان له أخ أو أخت من أمه فإن كانوا اثنين فصاعداً ففرضهم الثلث نصاً وإجماعاً ﴿فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النِّسَاء: ١٢] يستوي فيه ذكورهم وإناثهم. وروى ابن عباس رواية شاذة أنهم يقسمون الثلث للذكر مثل حظ الأنثيين قياساً على ولد الأب والأم وهذا خطأ، لأن الاشتراك في الشيء يوجب التساوي إلا أن يرد نص بالتفاضل ولأن الإخوة والأخوات للأم يرثون بالرحم والأبوان إذا ورثا فرضاً بالرحم تساويا فيه وأخذ كل واحد منهما سدساً مثل سدس صاحبه كذلك ولد الأم لميراثهم بالرحم.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلِلأُخْتِ لِلأَبِ وَالأُمِّ النِّصْفُ وَلِلأُخْتَيْنِ فَصَاعِداً الثُّلُثَانِ فَإِذَا اسْتَوْفَى الأَخَوَاتُ لِلأَبِ وَالأُمِّ الثُّلُثَيْنِ فَلَا شَيْءَ لِلأَخَوَاتِ لِلأَبِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ أَخٌ فَيَكُونَ لَهُ وَلَهُنَّ مَا بَقِيَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا أُخْتٌ وَاحِدَةٌ لأَبٍ وَأُمٍّ وَأُخْتٌ أَوْ أَخَوَاتٍ لأَبٍ فَلِلأُخْتِ لِلأَبِ وَالأُمِّ النِّصْفُ وَلِلأُخْتِ أَوِ الأَخَوَاتِ لِلأَبِ السُّدُسُ تَكْمِلَةُ الثُّلُثَيْنِ وَإِنْ كَانَ مَعَ الأُخْتِ أَوِ الأَخَوَاتِ لِلأَبِ أَخٌ لأَبٍ فَلَا سُدُسَ لَهُنَّ وَلَهُ مَا بَقِيَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ وَإِنْ كَانَ مَعَ الأَخَوَاتِ لِلأَبِ وَالأُمِّ أَخٌ لِلأَبِ وَالأُمِّ فَلَا نِصْفَ وَلَا ثُلُثَيْنِ وَلَكِنَّ المَالَ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ وَتَسْقُطُ الإِخْوَةُ وَالأَخَوَاتِ لِلأَبِ الإِخْوَةُ وَالأَخَوَاتِ لِلأَبِ بِمَنْزِلَةِ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ لِلأَبِ وَالأُمِّ إِذَا لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ لِلأَبِ وَالأُمِّ إِلَّا فِي فَرِيضَةٍ وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَإِخْوَةٌ لأُمٍّ وَإِخْوَةٌ لأَبٍ وَأُمٍّ فَيَكُونَ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلأُمِّ السُّدُسُ وَلِلإِخْوَةِ مِنَ الأُمِّ الثُّلُثُ وَيُشَارِكُهُمْ

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٢).

(٢) انظر الأم (٣/ ١٤٢، ١٤٣).

الإِخْوَةُ لِلأَبِ وَالأُمِّ فِي ثُلُثِهِمْ ذَكَرُهُمْ وَأُنْثَاهُمْ سَواءٌ فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ إِخْوَةٌ لأَبٍ لَمْ يَرِثُوا».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: حكم الأخوات من الأب والأم حكم بنات الصلب وحكم الأخوات للأب حكم بنات الابن ففرض الأخت الواحدة من الأب والأم النصف قال الله تعالى: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌاْ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النِّساء: ١٧٦] وفرض الأختين للأب والأم فصاعداً الثلثان إجماعاً ووافق عليه ابن عباس وإن خالف في الثلثين لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ﴾ [النِّساء: ١٧٦] فإن كان مع الأخوات للأب والأم أخ لأب وأم سقط به فرضهن وكان المال بينهن للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النِّساء: ١٧٦] فإن لم يكن أخوان لأب وأم قام الأخوات من الأب مقامهن كما يقوم بنات الابن مقام بنات الصلب عند عدمهم فيكون للأخت الواحدة للأب النصف وللاثنين فصاعداً الثلثان فإن كان معهن ذكر سقط فرضهن وعصبهن فكان المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

فصل: فإن كانت أخت لأب وأم وأخت لأب أو أخوات لأب فللأخت من الأب والأم النصف وللأخت أو الأخوات من الأب السدس تكملة الثلثين كبنت الصلب وبنت ابن فلو كان مع الأخوات من الأب ذكر لم يفرض لهن السدس وكان ما بعد النصف بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. وقال ابن مسعود: يعطى الأخوات من الأب مع الذكر أقل الأمرين من السدس أو المقاسمة، لأن لا يزيد فرض الأخوات على الثلثين كما قال في بنت الابن إذا شاركها أخوها مع البنت ووافقه على هذا أبو ثور وخالفه داود في الأخوات للأب، وإن وافقه في بنات الابن وفيما قد بيناه عليه دليل مقنع.

فرع:

فلو ترك أختين لأب وأم وأختاً لأب كان للأختين من الأب والأم الثلثان وسقطت الأخت من الأب إذا لم يكن معها ذكراً. وقال الحسن البصري: يفرض لها السدس كما يفرض لها إذا انفردت الأخت للأب والأم وهذا يقول في بنت الابن مع بنت الصلب يفرض لها السدس وهذا خطأ، لأن فرض الأخوات والبنات لا يزاد على الثلثين فإذا انفردت الأخت الواحدة للأب والأم بالنصف فرض للأخت للأب السدس تكملة الثلثين لبقائه من فرضهن.

فرع:

فلو كان مع الأختين للأب والأم أخت لأب معها أخوها كان الباقي بعد الثلثين بين الأخت للأب والأخ للأب للذكر مثل حظ الأنثيين. وقال ابن مسعود يكون الباقي للأخ للأب دون الأخت كما يجعل الباقي بعد بنتي الصلب، لأن الابن دون أخته، لأن لا يزيد

فرض البنات والأخوات على الثلثين وقد مضى الدليل.

فرع:

فلو ترك أختين لأب وأم وأختاً لأب وابن أخ لأب كان للأختين للأب والأم الثلثان والباقي لابن الأخ للأب وسقطت الأخت للأب لاستكمال الثلثين بالأختين للأب والأم فلا يعصب ابن الأخ فيه بخلاف ما ذكرنا في بنات الابن، لأن ابن الأخ لما ضعف عن تعصيب أخته كان أولى أن يضعف عن تعصيب عمته وليس كذلك أولاد البنين، لأن الذكور منهم يعصب أخته فجاز أن يعصب عمته والله أعلم.

فرع:

والإخوة والأخوات للأب يقومون مقام الإخوة والأخوات للأب والأم عند عدمهم إلا في مسألة المشتركة وهي زوج وأم وأخوان لأم وأخوان لأب وأم فيكون للزوج النصف وللأم السدس وللإخوة من الأم الثلث يشاركهم فيه الإخوة للأب والأم لاستوائهما في الإدلاء بالأم على ما سنذكره من الخلاف فيه ولو كان مكان الإخوة للأب والأم إخوة لأب لا يشاركون الإخوة للأم لعدم إدلائهم بالأم، والله أعلم.

فرع:

ثلاث أخوات متفرقات مع كل واحدة أخ لأب فللأخت من الأم السدس وأخوها أجنبي، وأما الأخت من الأب فيحتمل أن يكون أخاها لأبيها أخا الميت لأبيه وأمه ويحتمل أن يكون أخاه لأبيه فإن كان أخاه لأبيه وأمه فإن الباقي بعد سدس الأخت من الأم بينه وبين الأخت من الأب والأم للذكر مثل حظ الأنثيين وسقطت الأخت من الأب وأخو الأخت من الأب والأم النصف وكان الباقي بين الأخت من الأب وأخيها وأخي الأخت من الأب والأم وابنها للذكر مثل حظ الأنثيين، لأن كلهم إخوة وأخوات لأب.

فرع:

ثلاث أخوات متفرقات مع كل واحدة أخ لأم فللأخت من الأب أخوها لأمها أجنبي والأخت من الأم أخوها لأمها يحتمل أن يكون أخا الميتة لأبيه وأمه ويحتمل أن يكون أخاه لأمه فإن كان أخاه لأبيه وأمه كان للأخت من الأم وأخت الأخت من الأب والأم الثلث بينهما بالسوية والباقي بين الأخت من الأب والأم وأخي الأخت من الأم، لأنه أخ لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين وتسقط الأخت من الأب وإن كان أخاً لأم كان الثلث للأخت من الأم وأخيها من أمها وأخي الأخت للأب والأم من الأمر أثلاثاً بالسوية، لأن جميعهم إخوة وأخوات لأم وكان للأخت من الأب والأم النصف وللأخت

للأب السدس.

فرع:

ثلاث أخوات متفرقات مع كل واحدة أخ لأب وأم فللأخت من الأم وأخيها لأبيها وأمها الثلث والباقي للأخت للأب والأم وأخيها لأبيها وأمها للذكر مثل حظ الأنثيين وتسقط الأخت للأب وأخوها، والله أعلم.

فرع:

أخت لأب معها ثلاثة بني إخوة متفرقين أما ابن أخيها لأمها فأجنبي وأما ابن أخيها لأبيها وأمها فابن أخ لابن وأما ابن أخيها لأبيها فإن كان الميت رجلاً احتمل ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن يكون ابن الميت فيكون المال كله له ويحتمل أن يكون ابن أخ لأب وأم فيكون للأخت للأب النصف والباقي له وسقط ابن الأخ للأب ويحتمل أن يكون ابن أخ لأب فيكون للأخت النصف والباقي بينه وبين ابن الأخ للأب، لأن كلاهما ولد أخ لأب وإن كان الميت امرأة احتمل أن يكون ابن أخ لأب وأم فيكون الباقي بعد نصف الأخت له ويحتمل أن يكون ابن أخ لأب فيكون الباقي بينه وبين الآخر الذي هو ابن أخ لأب ولا يحتمل أن يكون ابن الميتة، لأنه من أخت الميتة ابن أخ وليس ابن أخت، والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلِلأَخَوَاتِ مَعَ البَنَاتِ مَا بَقِيَ إِنْ بَقِيَ شَيْءٌ وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُنَّ وَيُسَمَّيْنَ بِذَلِكَ عَصَبَةَ البَنَاتِ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: الأخوات مع البنات عصبة لا يفرض لهن ويرثن ما بقي بعد فرض البنات فإن كان بنت وأخت فللبنت النصف والباقي للأخت وإن كان بنتان وأخت فللبنتين الثلثان والباقي للأخت ولو كان مع البنتين عشر أخوات كان الباقي بعد الثلثين بين الأخوات بالسوية سواء كن لأب وأم أو لأب وبهذا قال الخلفاء الأربعة وجميع الصحابة رضي الله عنهم إلا ابن عباس فإنه تفرد بخلافهم وهي المسألة الثالثة التي تفرد بخلاف الصحابة فيها فأسقط الأخوات مع البنات. وبه قال داود، وكان عبد الله بن الزبير يذهب إلى هذا حتى أخبره الأسود بن يزيد أن معاذاً قضى باليمن في بنت وأخت جعل المال بينهما نصفين ورسول الله ﷺ حي فرجع عن قوله. وقال إسحاق بن راهويه: إن كان مع البنات عصبة غير الأخوات كالأعمام وبني الإخوة سقط الأخوات وإن لم يكن معهن غير الأخوات صرن إذا انفردن معهن عصبة يأخذن ما بقي بعد فرضهن واستدل ابن

(١) انظر الأم (٣/١٤٣).

عباس وقد بلغه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنهم أعطى الأخت مع البنت النصف فقال: أأنتم أعلم أم الله قال الله عز وجل: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النِّسَاء: ١٧٦] وأنتم تقولون لها النصف وإن كان له ولد وبما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «اقسموا المال بين أهل الفرائض على كتاب الله فيما تركت الفرائض فلأولى رجل ذكر»[1] ولأنها لو كانت عصبة مع البنات لكانت عصبة تستوجب جميع المال في الانفراد كالإخوة وفي إبطال ذلك دليل على عدم تعصيبهن ولأنها لو كانت عصبة لورث ولدها كما يرث ولد الأخ، لأنه عصبة ولأنها لو كانت عصبة لعقلت وزوجت والدليل على صحة ما ذهب إليه الجماعة قوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ۝٧﴾ [النِّسَاء: ٧] فكان على عمومه.

وروى الأعمش عن ابن قيس عن هذيل بن شرحبيل قال: «جاء رجل إلى أبي موسى الأشعري وسلمان بن ربيعة فسألها عن بنت وبنت ابن وأخت لأب وأم فقالا للبنت النصف والباقي للأخت فأت ابن مسعود فإنه سيوافقنا فأتاه الرجل فسأله وأخبره بقولهما فقال: لقد ضللت إذن وما أنا من المهتدين ولكن سأقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللأخت للأب والأم»[2]. وهذا نص ولأن الأخوات لما أخذت الفاضل عن فرض الزوج وتقدمن به على بني الإخوة والأعمام كالإخوة أخذن الفاضل عن فرض البنات وتقدمن به على بني الإخوة والأعمام كالإخوة، ولأن للأخوات مدخلاً في التعصيب مع الإخوة فكان لهم مدخل في التعصيب مع البنات، لأن جميعهم من ولد الأب ولأن الإخوة أقوى تعصيباً من بني الإخوة فلما لم تسقط الأخت مع الإخوة في الفاضل بعد فرض البنات فأولى أن لا تسقط مع بني الإخوة فأما الجواب عن الآية فهو أن الآية منعت من إعطائها فرضاً ونحن نعطيها تعصيباً وأما الخبر فعموم خص منه الأخوات بدليل أخذهن مع عدم البنات.

وأما الجواب عن قوله لو كانت عصبة لأخذت جميع المال إذا انفردت ولكان ولدها وارثاً هو أنه لما لم يكن ذلك مانعاً من أن تكون عصبة مع الإخوة لم يمنع أن تكون عصبة مع البنات.

وأما الجواب عن أنها لو كانت عصبة لعقلت وزوجت وورثت فهو أن هذا لو كان مانعاً من ميراثها مع البنات لمنع من ميراثها مع عدم البنات ثم قد نجد العصبات ينقسمون ثلاثة أقسام: قسم يعقلون ويزوجون وهم الأعمام والإخوة، وقسم لا يزوجون ولا يعقلون وهم البنون وقسم يزوجون ولا يعقلون وهم الآباء ثم جميعهم مع اختلافهم في العقل

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

والتزويج وارث بالتعصيب وكذلك الأخوات.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلِلأَبِ مَعَ الوَلَدِ وَوَلَدِ الابْنِ السُّدُسُ فَرِيضَةً وَمَا بَقِي بَعْدَ أَهْلِ الفَرِيضَةِ فَلَهُ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ ابْنٍ فَإِنَّمَا هُوَ عَصَبَةٌ لَهُ المَالُ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: للأب في ميراثه ثلاثة أحوال:

حال يرث فيها بالتعصيب وذلك مع عدم الولد وولد الابن فإن لم يكن معه ذوو فرض لا يسقط بالأب كالأم أخذت الأم فرضها كاملاً إن لم يحجبها الإخوة وهو الثلث وكان الباقي للأب لقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النِّسَاء: ١١] فدل ذلك على أن الباقي للأب وإن حجب الأم إخوة كان لها السدس وكان الباقي بعد سدس الأم للأب لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النِّسَاء: ١١] وكان ابن عباس في رواية شاذة عنه يجعل السدس الذي حجبه الإخوة عن الأم لهم ولا يرده على الأب وقد تقدم الكلام معه، فلو كان مع الأبوين زوج أو زوجة فقد ذكرنا أن للأم ثلث ما بقي بعد فرض الزوج والزوجة والباقي للأب فهذه حال.

فصل: والحال الثانية: أن يرث الفرض وحده وذلك مع الولد وولد الابن فيأخذ السدس قال الله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ [النِّسَاء: ١١] وإن كان معه ابن لم يأخذ السدس إلا كاملاً فيكون للأب السدس والباقي للابن ولو كان معها زوج كان للزوج الربع وللأب السدس والباقي للابن وإن كان مع البنات فقد يأخذ السدس تارة كاملاً وتارة عائلاً فالكامل يأخذه في أبوين وابنتين فيكون للأبوين السدسان وللبنتين الثلثان والعائل جدة وزوج وأب وبنتان أو زوج وأبوان وبنتان فيكون للزوج الربع وللأم السدس وللأب السدس وللبنتين الثلثان وتعول إلى خمسة عشر وفي زوجة وأبوين وابنتين يكون للزوجة الثمن وللأبوين السدسان وللبنتين الثلثان وتعول إلى سبعة وعشرين وهذه هي المسألة المنبرية سئل عنها علي بن أبي طالب رضوان الله عليه وهو في طريقه إلى المسجد فبدأه السائل فسأله عن زوجة وأبوين وبنت فقال للزوجة الثمن وللأبوين السدسان وللبنت النصف والباقي للأب ثم صعد إلى منبره فعاد السائل فقال: كان مع البنت أخرى فقال: صار ثمنها تسعها، لأنها لما عالت صار الثمن ثلاثة من سبعة وعشرين وذلك التسع بعد أن كان الثمن وهذا من أحسن جواب صدر عن سرعة وإنجاز فسميت لأجل ذلك المنبرية فهذه حالة ثانية.

فصل: والحال الثالثة: أن يرث بالفرض والتعصيب وذلك مع البنات أو بنات الابن كأبوين وبنت فللأبوين السدسان وللبنت النصف والباقي للأب بالتعصيب أو أب وبنتان

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٣).

فيكون للأب السدس وللبنتين الثلثان وما بقي للأب أو بنت وبنت ابن وأب فيكون للأب السدس وللبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين والباقي للأب والجد أبو الأب يقوم مقام الأب في هذه الأحوال كلها في ميراثه بالتعصيب تارة وبالفرض أخرى وبهما معاً في أخرى غير أنه لا يقوم مقام الأب في حجب الإخوة والأخوات اللذين يحجبهم الأب إلا على قول من يسقط الإخوة والأخوات مع الجد ولذلك باب يستوفى فيه بعد.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلِلجَدَّةِ وَالجَدَّتَيْنِ السُّدُسُ».

قال في الحاوي: الأصل في ميراث الجدة السنة وإنه ليس لها في كتاب الله عز وجل فرض مسمى. روى عثمان بن إسحاق بن خرشة عن قبيصة بن ذؤيب قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر رضوان الله عليه تسأله ميراثها فقال مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً فارجعي حتى أسأل الناس فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس فقال أبو بكر: هل معك غيرك فقام محمد بن مسلمة فقال ما قال المغيرة: فأنفذه لها أبو بكر ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر رضوان الله عليه تسأله ميراثها فقال مالك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضى به إلا لغيرك وأما أنا بزائد في الفرائض ولكن هو ذلك السدس فإن اجتمعتا فيه فهو بينكما وأيتكما خلت به فهو لها(٢). وحكي أن الجدة التي ورثها أبو بكر أم الأم والجدة التي جاءت إلى عمر فتوقف عنها أم الأب فقالت أو قال بعض من حضره: يا أمير المؤمنين ورثتم التي لو ماتت لم يرثها ولا تورثون من لو ماتت ورثها فحينئذٍ ورثها عمر. وروى سليمان بن بريدة عن أبيه أن النبي ﷺ جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم وأجمعوا على توريث الجدات وإن فرض الواحدة والجماعة منهن السدس لا ينقصن منه ولا يزيدن عليه إلا ما حكي عن طاوس أنه جعل للجدة الثلث في الموضع الذي ترث فيه الأم الثلث تعلقاً بقول ابن عباس الجدة بمنزلة الأم إذا لم تكن أم فمنهم من جعل هذا مذهباً لابن عباس أيضاً ومنهم من منع أن يكون له مذهباً وتأول قوله إنها بمنزلة الأم في الميراث لا في قدر الفرض لما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ ورث الجدة السدس وهو لا يخالف ما رواه ولأن قضية أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في إعطائها السدس مع سؤال الناس عن فرضها ورواية المغيرة ومحمد بن مسلمة ذلك عن النبي ﷺ وقبول الصحابة ذلك منهما مع العمل به إجماع منعقد لا يسوغ خلافه. وروى قاسم بن محمد

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٣).

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٥١٣)، وأبو داود (٢٨٩٤)، والترمذي (٢١٠٠)، والنسائي (٦٣٣٩، ٦٣٤٠، ٦٣٤١ ـ كبرى)، وابن ماجه (٢٧٢٤)، وابن حبان (٥٩٩٩)، والحاكم (٤/ ٣٣٨).

قال: جاءت جدتان إلى أبي بكر رضي الله عنه فأعطى التي من قبل الأم السدس فقال عبد الله بن شرحبيل أخو بني حارثة: يا خليفة رسول الله ﷺ قد ورثت التي لو ماتت لم يرثها فجعله أبو بكر بينهما[(١)]، والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر أن فرض الجدة أو الجدات السدس فالجدة المطلقة هي أم الأم، لأن الولادة فيها متحققة والاسم في العرف عليها منطلق واختلف أصحابنا في الجدة أم الأب هل هي جدة على الإطلاق أم بالتقييد فقال بعضهم هي جدة على الإطلاق أيضاً كأم الأم وقال آخرون بل هي جدة بالتقييد وعلى هذا اختلفوا فيمن سأل عن ميراث جدة هل يسأل عن أي الجدتين أراد أم لا فقال: من جعلها جدة على الإطلاق أنه لا يجاب حتى يسأل عن أي الجدتين أراد وقال: من جعلها جدة بالتقييد إنه يجاب عن أم الأم حتى يذكر أنه أراد أم الأب والأصح أن ينظر فإن كان ميراثها يختلف في الفريضة بوجود الأب الذي يحجب أمه لم يجب عن سؤاله حتى يسأل عن أي الجدتين سأل وإن كان ميراثها لا يختلف أجيب ولم يسأل ثم اختلفوا في عدد من يرث من الجدات فقال مالك لا أورث أكثر من جدتين أم الأم وأم الأب وأمهاتهما وإن علون ولا أورث أم الجد وإن انفردت وبه قال الزهري وابن أبي ذئب وداود. ورواه أبو ثور عن الشافعي في القديم استدلالاً بقضية أبي بكر رضي الله عنه في توريث جدتين وكما لا يرث أكثر من أبوين. وقال أحمد بن حنبل لا أورث أكثر من ثلاث جدات وبه قال الأوزاعي استدلالاً برواية منصور عن إبراهيم أن النبي ﷺ أطعم ثلاث جدات[(٢)] قال منصور: فقلت لإبراهيم: من هن؟ فقال: جدتا الأب أم أبيه وأم أمه وجدة الأم أم أمها.

وذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى توريث الجدات وإن كثرن. وبه قال جمهور الصحابة والفقهاء لاشتراكهن في الولادة ومحادتهن في الدرجة وتساويهن في الإدلاء بوارث وهذه المعاني الثلاث توجد فيهن وإن كثرن.

فأما توريث أبي بكر وعمر رضوان الله عليهما الجدتين فإنما ورثا من حضرهما من الجدات ولم يرو عنهما منع من زاد عليهما. وهكذا المروي عن النبي ﷺ أنه أطعم ثلاث جدات ولا يمنع من إطعام من زاد عليهن وليس بممتنع أن يورث أكثر من أعداد الأبوين لأنهن يكثرن إذا علون.

فصل: فإذا ثبت أنهن يرثن وإن كثرن فلا ميراث منهن لأم أبي الأم وهو أن يكون بينهما وبين الميت أب بين أمين.

وقال محمد بن سيرين أم أبي الأم وارثة وإن أدلت بذكر لا يرث لما فيها من

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٣٤٢، ١٢٣٤٣).
(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٣٤٨).

الولادة وبه قال عطاء وجابر بن زيد.

واختلف في ذلك عن ابن عباس رضي الله عنه وابن مسعود فكان الحسن البصري يقول به ثم رجع عنه.

وروي أن ابن سيرين بلغه أن أربع جدات ترافعن إلى مسروق فورث ثلاثاً وأطرح واحدة هي أم أبي الأم فقال: أخطأ أبو عائشة لها السدس للجدات طعمه. وذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى أن أم أبي الأم لا ترث وهو قول الجمهو من الصحابة والتابعين لإدلائها بمن لا يرث وقد تمهد في الأصول أن حكم المدلى به أقوى في الميراث من حكم المدلي، لأن الأخوات يرثن ولا يرث من أدلى بهن وليس يوجد وارث يدلي بغير وارث فلما كان أبو الأم غير وارث كانت أمه التي أدلت به أولى أن تكون غير وارثة.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ قَرُبَ بَعْضُهُنَّ دُونَ بَعْضٍ فَكَانَتْ الأَقْرَبَ مِنْ قِبَلِ الأُمِّ فَهِيَ أَوْلَى وَإِنْ كَانَتِ الأَبْعَدَ شَارَكَتْ فِي السُّدُسِ وَأَقْرَبُ اللَّائِي مِنْ قِبَلِ الأَبِ تَحْجُبُ بُعْدَاهُنَّ وَكَذَلِكَ تَحْجُبُ أَقْرَبُ اللَّائِي مِنْ قِبَلِ الأُمِّ بُعْدَاهُنَّ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال إذا تحاذى الجدات في الزوج ورث جميعهن إلا التي تدلي بأبي الأم إذا اختلفت درجتهن فقد اختلف في توريثهن فحكي عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه ورث القربى دون البعدى، وبه قال الحسن وابن سيرين وأبو حنيفة وأصحابه وداود بن علي، وقد حكاه الكوفيون والشعبي والنخعي عن زيد بن ثابت، وحكي عن عبد الله بن مسعود أنه ورث القربى والبعدى إلا أن يكون إحداهما أم الأخرى، وبه قال إسحاق بن راهويه وأبو ثور، وحكى الحجازيون عن سعيد بن المسيب وعطاء وخارجة بن زيد عن زيد بن ثابت وهو المعمول عليه من قوله إنه إن كانت التي من قبل الأب أقرب فالسدس لها وسقطت التي من قبل الأب وإن كانت التي من قبل الأب أقرب فالسدس بينهما. وبه قال الشافعي ومالك والأوزاعي واستدل من ورث القربى دون البعدى بأن اشتراك من تساوت درجتهم في الميراث توجب سقوط أبعدهم عن الميراث كالعصبات واستدل من ورث القربى والبعدى بأن الجدات يرثن بالولادة كالأجداد فلما كان الجد الأبعد مشاركاً للجد الأقرب في مقاسمة الإخوة كانت الجدة البعدى مشاركة للجدة القربى في الفرض.

والدليل على صحة ما ذهب إليه الشافعي هو أن الجدات يرثن بالولادة كالأب فلما كانت الأم تسقط جميع الجدات وإن كن من قبل الأب لقربها وبعدهن ولا يسقط الأب ومن بعد من جدات الأم مع قربه وبعدهن وجب أن تكون القربى من جدات الأم تحجب

(١) انظر الأم (٣/١٤٣، ١٤٤).

البعدى من جدات الأب كالأم ولا تكون القربى من جدات الأب تحجب البعدى من جدات الأم كالأب وهذا دليل وانفصال.

فصل: وإذا قد وضح ما ذكرنا من أحكام الجدات فسنصف درجتهن ليعرف به الوارثات منهن فأول درجتهن جدتان متحاذيتان وارثتان أحدهما أم الأم والأخرى أم الأب ثم جدات وارثات فضلن من أربع جدات بعد ثلاث درج.

إحداهن: من قبل الأم وهي أم أم الأم واثنتان من قبل الأب إحداهما أم أم الأب والأخرى أم أبي الأب وتسقط الرابعة وهي من قبل الأم، لأنها أم أبي الأم ثم أربع جدات متحاذيات يرثن من جملة ثماني جدات بعد أربع درج واحدة من قبل الأم وهي أم أم الأم وثلاث من قبل الأب إحداهن أم أم الأب والأخرى أم أم أبي الأب والأخرى أم أبي أبي الأب ثم خمس جدات متحاذيات يرثن من جملة ست عشرة جدة بعد خمس درج واحدة من قبل الأم وهي أم أم أم الأم وأربع من قبل الأب إحداهن أم أم أم الأب والأخرى أم أم أب أبي الأب والأخرى أم أبي أبي أبي الأب ثم ترث ست جدات متحاذيات من جملة اثنين وثلاثين جدة وترث سبع جدات متحاذيات من جملة أربع وستين جدة وترث ثماني جدات متحاذيات من جملة مائة وثمانية وعشرين جدة وليس في الوارثات من قبل الأم إلا واحدة والباقيات من قبل الأب، لأن الأم لا يخلص من جداتها من لا يدلي بأبي أم ولا يكون دونها أم إلا واحدة فلذلك لم يرث من جداتها إلا واحدة وتكثر الوارثات من قبل الأب لأنهن أمهات الأجداد اللائي ليس دونهن أب بين أمين فإذا أردت أن تزيد في الجدات الوارثات واحدة صعدت إلى درجة هي أعلى ليحصل لك أم جد أعلى ولا يكون ذلك إلا بتضاعيف أعدادهن لتزيد لك وارثة منهن تسلم من الشروط المانعة من ميراثهن فإذا كانت الوارثات ستة متحاذيات فواحدة منهن من قبل الأم إلى ست درج من الأمهات وخمس من قبل الأب واحدة هي جدة الأب إلى خمس درج من أمهاته.

والثانية: هي جدة الجد إلى أربع درج من أمهاته.

والثالثة: هي جدة أبي الجد إلى ثلاث درج من أمهاته.

والرابعة: هي جدة جد الجد إلى درجتين من أمهاته.

والخامسة: هي أم أبي جد الجد بعد درجة منه فتصير الخمس جدات مدليات بخمسة آباء ليس فيهن أم أبي أم فتصور ذلك تجده صحيحاً واعتبره فيما زاد تجده مستمراً.

فصل: فأما إذا اختلفت درجتهن فقد ذكرنا اختلاف الناس في توريثهن فعلى هذا أم أم وأم أم الأب فعلى قول علي وزيد رضي الله عنهما هو لأم الأم وهو مذهب الشافعي

وأبي حنيفة وعلي وقول ابن مسعود هو لهما ولو ترك أم أم وأم أم الأب وأم أب أبي الأب فعلى قول علي ورواية الكوفيين عن زيد رضي الله عنهما هو لأم أم الأب، لأنها أقربهن درجة على قول ابن مسعود هو بين ثلاثهن. وعلى رواية الحجازيين عن زيد وهو مذهب الشافعي هو بين أم أم الأم وأم أم الأب وتسقط أم أبي أبي الأب، لأنها وإن ساوت التي من قبل الأم في الدرجة فقد تقدمتها أم أم الأب فسقطت بها ثم هذا المثال يرثن.

فصل: فأما الجدة الواحدة إذا أدلت بسببين وبولادة من جهتين كامرأة تزوج ابن ابنها بنت بنتها فإذا ولد لهما مولود كانت المرأة جدته من وجهين فكانت أم أبي أبيه وأم أم أمه فإن لم يكن معها من الجدات غيرها فالسدس لها فإن كانت معها جدة أخرى هي أم أم أب فقد اختلف الناس هل ترث بالوجهين وتأخذ سهم جدتين.

فقال محمد بن الحسن وزفر بن الهذيل والحسن بن صالح: ترث بالوجهين وتأخذ سهم جدتين وحكاه أبو حامد الإسفراييني عن أبي العباس بن سريج واختاره مذهباً لنفسه وقال سفيان الثوري وأبو يوسف ترث بأحد الجهتين وتأخذ سهم جدة واحدة وهو الظاهر من مذهب الشافعي ومالك رضي الله عنهما، لأنهما يد واحدة فلم تكن إلا جدة واحدة ولأن الشخص الواحد لا يرث فرضين من تركة وإنما يصح أن يرث بفرض وتعصيب كزوج هو ابن عم وربما أدلت الجدة الواحدة بثلاثة أسباب وحصلت لها الولادة من ثلاثة أوجه مثل أن تكون أم أم أم الميت وأم أبي أبيه وأم أم أبي أبيه فإذا اجتمعت معها جدة أخرى فعلى قول محمد بن الحسن ترث ثلاثة أرباع السدس كأنها ثلاث جدات من أربع وعلى قول أبي يوسف وهو الظاهر من مذهب الشافعي ترث نصف السدس، لأنها إحدى جدتين والله أعلم بالصواب.

باب أقرب العصبة

قَالَ(١) المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَأَقْرَبُ العَصَبَةِ البَنُونَ ثُمَّ بَنُو البَنِينَ ثُمَّ الأَبُ ثُمَّ الإِخْوَةُ لِلأَبِ وَالأُمِّ إِنْ لَمْ يَكُنْ جَدٌّ فَإِنْ كَانَ جَدٌّ شَارَكَهُمْ فِي بَابِ الجَدِّ ثُمَّ الإِخْوَةُ لِلأَبِ ثُمَّ بَنُو الإِخْوَةِ لِلأَبِ وَالأُمِّ ثُمَّ بَنُو الإِخْوَةِ لِلأَبِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنَ الإِخْوَةِ وَلَا مِنْ بَنِيهِمْ وَلَا بَنِي بَنِيهِمْ وَإِنْ سَفُلُوا فَالعَمُّ لِلأَبِ وَالأُمِّ ثُمَّ العَمُّ لِلأَبِ ثُمَّ بَنُو العَمِّ لِلأَبِ وَالأُمِّ ثُمَّ بَنُو العَمِّ لِلأَبِ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أَحَدٌ مِنَ العُمُومَةِ وَلَا بَنِيهِمْ وَلَا بَنِي بَنِيهِمْ وَإِنْ سَفُلُوا فَعَمُّ الأَبِ لِلأَبِ وَالأُمِّ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فَعَمُّ الأَبِ لِلأَبِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَبَنُوهُمْ وَبَنُو بَنِيهِمْ عَلَى مَا وَصَفَتْ مِنَ العُمُومَةِ وَبَنِيهِمْ وَبَنِي بَنِيهِمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا فَعَمُّ الجَدِّ لِلأَبِ وَالأُمِّ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَعَمُّ الجَدِّ لِلأَبِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَبَنُوهُمْ وَبَنُو بَنِيهِمْ عَلَى مَا وَصَفْتُ عُمُومَةِ

---

(١) انظر هامش الأم (٣/ ١٤٤ ـ ١٤٦).

الأَبِ فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا فَأَرْفَعُهُمْ بَطْناً وَكَذَلِكَ تَفْعَلُ فِي العَصَبَةِ إِذَا وُجِدَ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ المَيِّتِ وَإِنْ سَفُلَ لَمْ يُوَرَّثْ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ ابْنِهِ وَإِنْ قَرُبَ وَإِنْ وُجِدَ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ ابْنِهِ وَإِنْ سَفُلَ لَمْ يُوَرَّثْ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ جَدِّهِ وَإِنْ قَرُبَ وَإِنْ وُجِدَ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ جَدِّهِ وَإِنْ سَفُلَ لَمْ يُوَرَّثْ أَحَدٌ مِنْ وَلَدِ أَبِي جَدِّهِ وَإِنْ قَرُبَ وَإِنْ كَانَ بَعْضُ العَصَبَةِ أَقْرَبَ بِأَب فَهُوَ أَوْلَى لأَب كَانَ أَوْ أُمٍّ وَإِنْ كَانُوا فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَعْضُهُمْ لأَبٍ وَأُمٍّ فَالَّذِي لأَبٍ وأُمٍّ أَوْلَى فَإِذَا اسْتَوَتْ قَرَابَتُهُمْ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي المِيرَاثِ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح واختلفوا في العصبة لم سموا عصبة؟ فقال بعضهم: سموا عصبة لالتفافهم عليه في نسبه كالتفاف العصائب على يده وقال آخرون: بل سموا عصبة لقوة نفسه بهم ولقوة جسمه بعصبة فأقرب عصبات الميت إليه بنوه، لأنهم بعضه ولأن الله تعالى قدمهم في الذكر وحجب بهم الأب عن التعصيب حتى صار ذا فرض ثم بنو البنين لأنهم بعض النبيين، لأن الأب معهم ذو فرض كهو مع البنين ولأنهم يعصبون أخواتهم كالبنين ثم بنو بني البنين وإن سفلوا فإن قيل أفليس الأب مقدماً على الابن في الصلاة عليه بعد الوفاة والتزويج في حال الحياة، لأنه أقوى العصبات فهلا كان مقدماً في الميراث قيل إنما يقدم في الصلاة والتزويج بمعنى الولاية والولاية في الآباء دون الأبناء وفي الميراث يقدم بقوة التعصيب وذلك في الأبناء أقوى منه في الآباء فإذا عدموا فلم يكن ولد ولا ولد ولد وإن سفل فالأب حينئذٍ أقرب العصبات بعدهم، لأن الميت بعضه، ولأنه لما كان أقربهم من ولده الميت كان الأقرب من بعدهم من ولد الميت ولأن سائر العصبات بالأب يدلون وإليه ينسبون فكان مقدماً على جميعهم فإن لم يكن بعد الأب إخوة فالجد وإن كان إخوة فعلى خلاف يذكر في باب الجد ثم بعد الجد ثم جد الجد ثم أبو جد الجد ثم جد جد الجد ثم هكذا أبداً حتى لا يبقى أحد من عموم الآباء لما فيهم من الولادة والتعصيب، ثم الإخوة إذا لم يكن جد لأنهم والميت بنو أب قد شاركوهم في الصلب وراكضوهم في الرحم ولأنهم يأخذون شبهاً من البنين في تعصيب أخواتهم فيقدم منهم الأخ للأب والأم على الأخ للأب لقوته بالسببين على من تفرد بإحداهما ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «وأعينان بني الأم يتوارثون دون بني العلات» وأصل ميراثها مأخوذ من قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي ٱلْكَلَٰلَةِ ۚ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ [النِّسَاء: ١٧٦] فيكون حكم الإخوة مع الأخوات كحكم البنين مع البنات في اقتسامهم المال لذكر مثل حظ الأنثيين بعد فرض إن كان مستحقاً ثم بعد الأخ للأب والأم الأخ للأب وهو مقدم على ابن الأخ للأب والأم لقرب درجته، ثم بنو الإخوة وهم مقدمون على الأعمام وإن سفلوا، لأنهم من بني أبي الميت والأعمام بنو جده فيقدم من بني الإخوة من كان لأب وأم، ثم من كان لأب ثم بنو بنيهم وإن سفلوا يقدم من كان أقرب في الدرجة وإن كان لأب على من بعد وإن كان لأب

وأم فإن استوت درجتهم قدم من كان منهم لأب وأم على من كان لأب ثم الأعمام لأنهم بنو الجد ولأن النبي ﷺ ورث عم سعد بن الربيع ما فضل عن فرض زوجته وبنتيه فيقدم العم للأب والأم على العم للأب لإدلائه بالسببين ثم للعم للأب ثم ابن العم للأب والأم ثم ابني العم للأب ثم بنو بنيهم على هذا الترتيب وأن سفلوا مقدمين على أعمام الأب ثم أعمام الأب يقدم منهم من كان لأب وأم على من كان لأب ثم بنوهم وبنو بنيهم على ما ذكرنا في بني الأعمام ثم أعمام الجد ثم بنوهم ثم أعمام ابن الجد ثم بنوهم ثم أعمام جد الجد ثم بنوهم ثم أعمام أبي جد الجد ثم بنوهم هكذا أبداً حتى يستنفذ جميع العصبات لا يقدم بنو أب أبعد على بنو أب هو أقرب وإن نزلت درجتهم وإذا استووا قدم منهم من كان لأب وأم على من كان لأب وليس الإخوة للأم من العصبة لإدلائهم بالأم التي لا مدخل لها في التعصيب ولا الأعمام للأم من الورثة لأنهم ذوو أرحام والله أعلم.

فصل: وليس يرث مع أحد من هؤلاء العصبات أخت له إلا أربعة فإنهم يعصبون أخواتهم ويرثون معهم الابن يعصب أخته وترث معه للذكر مثل حظ الأنثيين بنص الكتاب وابن الابن يعصب أخته وإن سفل ويعصب من لا غرض له من عماته فيشتركون في الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين والأخ للأب والأم يعصب أخته ويقاسمها للذكر مثل حظ الأنثيين والأخ للأب كذلك أيضاً يعصبها ويقاسمها ومن سوى هؤلاء الأربعة من العصبات كلهم يسقطون أخواتهم ويختصون بالميراث كبني الإخوة والأعمام من جميع العصبات.

فصل: فأما إذا ترك ابني عم أحدهما أخ لأم فللذي هو أخ للأم السدس فرضاً بالأم والباقي بينهما بالتعصيب. وبه قال علي وزيد رضي الله عنهما وهو الظاهر من قول عمر وقول أبي حنيفة ومالك والفقهاء.

وروي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: المال كله لابن العم الذي هو أخ لأم. وبه قال شريح وعطاء والحسن وابن سيرين والنخعي وأبو ثور استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «وبنو الأم يتوارثون دون بني العلات» ولأنهما قد استويا في الإدلاء بالأب واختص أحدهما بالإدلاء بالأم فصار كالأخوين أحدهما لأب وأم وآخر لأب فوجب أن يقدم من زاد إدلاءه بالأم على من تفرد بالأب.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النِّسَاء: ١٢] فأوجب هذا الظاهر أن لا يزاد بهذه الإخوة على السدس، ولأن السبب المستحق به الفرض لا يوجب أن يقوى به التعصيب بعد أخذ الفرض كابني عم أحدهما زوج، ولأن ولادة الأم توجب أحد الأمرين إما استحقاقاً بالفرض أو تقديماً بالجميع ولا توجب كلا الأمرين من فرض وتقديم ألا ترى أن الإخوة المتفرقين إذا اجتمعوا اختص الإخوة للأم بالفرض واختص الإخوة للأب والأم بالتقديم

في الباقي على الإخوة للأب ولم يجز أن يشاركوا باقيهم الإخوة للأم لتنافي اجتماع الأمرين في الإدلاء بالأم وكذلك ابن العم إذا كان أخاً لأم لما استحق بأمه فرضاً لم يستحق بها تقديمه على ابن العم ولأن اجتماع الرحم والتعصيب إذا كانا من جهة واحدة أوجب التقديم وكالإخوة للأب وللأم في تقديمهم على الإخوة للأب وإن كانا من جهتين لم يوجبا التقديم والأخ للأم إذا كان ابن عم فيعصبه من جهة الإدلاء بالجد ورحمه بولادة الأم فلم يوجب التقدم، وفي هذا انفصال عن استدلالهم بالإخوة للأب والأم.

فأما الخبر فمحمول على الإخوة، لأن الرواية «أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات» فإذا تقرر أنهما في الباقي بعد السدس سواء وإنما ذلك في المال فأما ولاء الموالي فمذهب الشافعي أن ابن العم الذي هو أخ لأم يقدم به على ابن العم الذي ليس بأخ لأم، لأنه لما لم يرث بأمه من الولاء فرضاً استحق به تقديماً، لأن الإدلاء بالأم إذا انضم إلى التعصيب أوجب قوة على مجرد التعصيب إما في فرض أو تقديم فلما سقط الفرض في الولاء ثبت التقديم.

فصل: ولو ترك ابني عم أحدهما أخ لأم وأخوين لأم أحدهما ابن عم فعلى قول ابن مسعود رضي الله عنه المال بين ابن العم الذي هو أخ لأم وابن أخ الأم الذي هو ابن عم لاستوائهما في التعصيب والإدلاء بالأم ولا شيء للأخ الذي ليس بابن عم ولا ابن العم الذي ليس بأخ لأم وعلى قول الجماعة الثلث لثلاثة للأخ للأم الذي هو ابن عم ولابن العم الذي هو أخ لأم وللأخ للأم الذي ليس بابن عم، لأن جميعهم إخوة لأم والباقي بعد الثلث بين الثلاثة بين ابن العم الذي هو أخ لأم والأخ للأم الذي هو ابن عم وابن العم الذي ليس بأخ لأم فلو ترك بنتاً وابني عم أحدهما أخ لأم فعلى قياس قول ابن مسعود للبنت النصف والباقي لابن العم الذي هو أخ لأم. وحكي عن سعيد بن جبير أن الباقي بعد نصف البنت لابن العم الذي ليس بأخ لأم، لأن الأخ للأم لا يرث مع البنت وعلى قول الشافعي والجماعة إن الباقي بعد فرض البنت بينهما، لأن البنت تسقط بورثته بالأم ولا تسقط ميراثه بالتعصيب كالإخوة للأب والأم فلو ترك ابن عم لأب وأم وابن عم لأب هو أخ لأم فعلى قول ابن مسعود المال لابن العم للأب الذي هو أخ لأم وعلى قول الجماعة لابن العم للأب الذي هو أخ للأم السدس بأنه أخ لأم والباقي لابن العم للأب والأم، والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَصَبَةٌ بِرَحِمٍ يَرِثُ فَالمَوْلَى المُعْتِقُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأَقْرَبُ عَصَبَةٍ مَوْلَاةُ الذُّكُورُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَبَيْتُ المَالِ».

(١) انظر الأم (٣/١٤٦).

قال في الحاوي: وهذا كما قال، والولاء يورث به كالتعصيب قال الله تعالى: ﴿وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا مَوَالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ﴾ [النِّسَاء: ٣٣]. وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «مولى القوم منهم»(١) وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «الولاء لحمة كلحمة النسب»(٢). وروي عنه ﷺ أنه قال: «من تولى إلى غير مواليه فقد خلع رقبة الإسلام من عنقه»(٣). وأعتقت بنت حمزة بن عبد المطلب عبداً فمات وترك بنتاً فجعل رسول الله ﷺ نصف ماله لبنته والباقي لبنت حمزة معتقته فإذا بت هذا فكل من أعتق عبده فله ولاؤه مسلماً كان المعتق أو كافراً وقال مالك: لا ولاء للكافر إذا أعتق عبداً مسلماً لقطع الله تعالى الموالاة بينهما باختلاف الدين وهذا فاسد بقول النبي ﷺ قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق. وقال ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب» فلما كان النسب ثابتاً بين الكافر والمسلم وإن لم يتوارثا كان الولاء بينهما ثابتاً ولا يتوارثان به، فإن أسلم ورث فإذا ثبت استحقاق الميراث بالولاء فعصبة النسب تتقدم في الميراث على عصبة الولاء، لأن النبي ﷺ شبه عصبة الولاء بعصبة النسب ومعلوم أن ما ألحق بأصل، فإنه متأخر عن ذلك الأصل.

ألا ترى أن ابن الابن لما كان في الميراث ملحقاً بالابن تأخر عنه والجد لما كان ملحقاً بالأب تأخر عنه وإذا كان كذلك فمتى كان للمعتق عصبة مناسب كان أولى بالميراث من المولى وإن لم يكن له عصبة وكان له ذو فرض تقدموا بفروضهم على الموالي، لأنهم يتقدمون بها على العصبة فكان تقديمهم بها على المولى أولى فإن لم يكن عصبة نسب ولا ذو فرض يستوعب بفرضه جميع التركة كانت للتركة أو ما بقي منها بعد فرض ذي الفرض للمولى يتقدم به على ذوي الأرحام في قول من ورث ذوي الأرحام من المتأخرين إلا ما روي عن عمر وابن مسعود وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم أنهم قدموا ذوي الأرحام على الموالي وفيما مضى من إسقاط ميراث ذوي الأرحام دليل كاف والله أعلم.

فصل: فإن لم يكن مولى فعصبة المولى يقومون في الميراث مقام المولى، لأنهم لما قاموا في ماله قاموا مقامه في ولائه، فإذا كان كذلك فالأبناء أحق بولاء الموالي من الآباء فإذا كان أب مولى وابن مولى فابن المولى أولى من أب المولى وكذلك ابن الابن وإن سفل وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وجمهور الفقهاء.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٦٥٠)، والترمذي (٦٥٧)، والنسائي (٢٦١٢)، وأحمد (٤/ ٣٤٠)، وابن حبان (٣٢٨٢).

(٢) أخرجه الشافعي - ترتيب مسنده (٢/ ٧٢، ٧٣)، وابن حبان (٧/ ٢٢٠)، والبيهقي (٢١٤٣٣)، وعبد الرزاق (١٦١٤٩).

(٣) أخرجه أحمد (٣/ ٣٣٢).

وقال أبو يوسف: لأب المولى سدس الولاء والباقي للابن كالمال وهكذا الجد وإن علا يجعلون له مع الابن سدس الولاء. وبه قال النخعي والأوزاعي وأحمد وإسحاق وهذا خطأ، لأن الولاء مستحق لمجرد التعصيب وتعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب لتقدمه عليه فوجب أن يكون أحق بالولاء فإذا ثبت أن الأبناء أولى بالولاء من الآباء فهو للذكور منهم دون الإناث فيكون لابن المولى دون بنت المولى وهو قول الجمهور. وقال طاوس: هو بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الأنثيين كالمال وهكذا قال في الأخ والأخت يرثان الولاء للذكر مثل حظ الأنثيين. وحكي نحو هذا عن شريح وهذا خطأ، لأن النساء إذا تراخى نسبهن لم يرثن بتعصيب النسب كبنات الإخوة وبنات الأعمام وتعصيب الولاء أبعد من تعصيب النسب فكان بسقوط ميراث النساء أحق.

فصل: فإذا لم يكن ابن مولى فأبو المولى بعده أحق بالولاء من الجد والإخوة لإدلائهم به ثم اختلفوا بعد الأب في مستحق الولاء فقال أبو حنيفة: الجد أحق به من الإخوة، وبه قال أبو ثور.

وقال مالك: الإخوة أحق به من الجد.

وقال أبو يوسف ومحمد: إنه بين الجد والأخ نصفين وبه قال أحمد بن حنبل وللشافعي فيه قولان:

أحدهما: إنه للأخوة دون الجد وهو قول مالك؛ لأن الإخوة أقرب إلى الأب من الجد كما أن ابن الابن أحق من الأب فعلى هذا يقدم الأخ للأب والأم على الأخ للأب ولا حق فيه للأخ للأم.

والثاني: إن الجد فيه سواء كقول أبي يوسف؛ لأنه يقاسم الإخوة في المال فقاسمهم في الولاء فعلى هذا لو نقصته مقاسمة الإخوة من ثلث الولاء لم يفرض له الثلث بخلاف المال، لأن الولاء لا يستحق بالفرض، وإنما يستحق بالتعصيب المحض.

فلو كانوا خمسة إخوة وجداً كان الولاء بينهم أسداساً على عددهم للجد منه السدس ولا يقاسم الجد الإخوة للأب مع الإخوة للأب والأم بخلاف المال ثم الإخوة مع أبي الجد وجد الجد وإن علا كلهم مع الجد الأخير فأما بنو الإخوة والجد فعلى قولين:

أحدهما: إن بني الإخوة أحق بالولاء من الجد، وهو مذهب مالك، وكذلك بنوهم وإن سفلوا.

والثاني: إن الجد أولى من بني الإخوة، لقرب درجته ولا يحجب اشتراك بني الإخوة مع الجد، ويقدم من بني الإخوة من كان لأب ولأم على من كان لأب، ثم بنوهم وبنو بنيهم وإن سفلوا على هذا الترتيب يتقدمون على الأعمام وبنيهم، ويتقدم الجد بالولاء على الأعمام ولأنهم بنوه فأما أبو الجد والعم ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: إن أبا الجد أولى بالولاء لولادته.

والثاني: إن العم أولى بالولاء لقربه.

والثالث: إن أبا الجد والعم سواء يشتركان في الولاء يترتبون بعد ذلك ترتيب العصبات، فإن لم يكن للمولى عصبة فمولى المولى، فإن لم يكن فعصبته ثم مولاه كذلك أبداً ما وجدوا، فإن لم يوجدوا ووجد مولى عصبته: فإن كان مولى آبائه وأجداده ورث؛ لأن الولاء يسري إليه من أبيه وجده، وإن كان مولى أبنائه أو أخواته لم يرث، لأن ولاء الابن لا يسري إلى أبيه ولا إلى أخيه، فإن لم يكن له إلا مولى من أسفل قد أنعم عليه بالعتق لم يرثه في قول الجماعة.

وقال طاوس: له الميراث استدلالاً برواية عوسجة عن ابن عباس أن رجلاً مات ولم يدع وارثاً إلا غلاماً له كان أعتقه فقال رسول الله ﷺ: «هل له أحد» قالوا: لا إلا غلاماً له كان أعتقه فجعل رسول الله ﷺ ميراثه له[1] والدليل على أن لا ميراث له: قول النبي ﷺ: «الولاء لمن أعتق»[2].

وروي أن عبد الله بن عمر كان يورث موالي عمرو دون بناته، لأن المولى الأعلى ورث لإنعامه فصار ميراثه كالجزاء، والمولى الأسفل غير منعم فلم يستحق ميراثاً ولا جزاء، فأما إعطاء النبي ﷺ ذلك له فيجوز أن يكون ذلك طعمة منه؛ لأنه كان أولى بمال بيت المال أن يضعه حيث يرى، والله أعلم.

فصل: والولاء للمعتق في النسب، وصورته أن يعتق الرجل عبداً ثم يموت السيد ويخلف ابنين فيرثان ماله بينهما ثم يموت أحد الابنين ويخلف ابناً فينتقل ميراث ابنه عن الجد إليه فإذا مات بعد ذلك العبد المعتق ورثه ابن المولى دون ابن ابنه. وقال شريح وابن الزبير وسعيد بن المسيب وطاوس ينتقل الولاء انتقال الميراث فيصير ولاء المعتق بين الابن وابن الابن؛ لأن ميراث السيد المعتق صار إليهما ولم يجعلوا الولاء للكبير اعتباراً بمستحق الولاء عند موت المولى الأعلى ومن جعل الولاء للكبير اعتبر مستحق الولاء عند موت المولى الأسفل وبتوريث الكبير. قال جمهور الصحابة والفقهاء تعلقاً بقول النبي ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث»[3] فلو جعل كالمال صار موروثاً؛ ولأن المال ينتقل بموت المولى الأسفل إلى عصبة مولاه الأعلى وليس ينتقل إلى المولى بعد موته فينتقل إليهم كالمال فلذلك صار مخالفاً للمال، فعلى هذا لو مات المولى الأعلى فترك أخاً لأب وأم، وأخاً لأب فأخذ الأخ للأب والأم؛ لأنه الآن أقربهما إلى المولى الأعلى ومن جعله موروثاً كالمال جعله لابن الأخ للأب والأم؛ لأنه صار أحق بميراث المولى الأعلى وللولاء كتاب يستوفي فروعه فيه مع جر الولاء وما يتعلق عليه إن شاء الله تعالى.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

فصل: فأما ولاء الموالاة وصورته: في رجل لا يعرف له نسب ولا ولاء فيوالي رجلاً يعاقده ويحالفه ويناصره فهذا عند الشافعي وجمهور الفقهاء لا يتوارثان به. وقال إبراهيم النخعي: يتوارثان بهذه الموالاة وليس لواحد منهما نقضهما، وقال أبو حنيفة يتوارثان بها ولكل واحد منهما نقضها ما لم يعقل عنه صاحبه، فإن عقل له لم يكن له نقضها فاستدل على استحقاق التوارث بها بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النِّسَاء: ٣٣] وبرواية تميم الداري أن رجلاً فقال له النبي ﷺ: «أنت أحق الناس بمحياه ومماته»(١).

والدليل على فسادها ما ذهبا إليه قوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»(٢) فأثبته للمعتق ونفاه عن غير المعتق.

وروى جبير بن مطعم عن النبي ﷺ أنه قال: «لا حلف في الإسلام وأيما حلف كان في الجاهلية لم يزده الإسلام إلا شدة»(٣) ولأن كل من لماله جهة ينصرف إليها لم يجز أن ينقله بالموالاة إلى غيرها كالذي له نسب أو عليه ولاء؛ ولأن كل جهة لا يتوارث بها مع النسب والولاء لا يتوارث بها مع عدم النسب والولاء كالنكاح الفاسد، فأما الآية فمنسوخة حين نسخ التوارث بالحلف وقد ذكرناه. وأما قوله ﷺ: «أنت أحق بمحياه ومماته» فمعناه أحق بنفسه دون ماله في نصرته في حياته ودفنه والصلاة عليه بعد وفاته والله أعلم بالصواب.

باب ميراث الجد

مسألة(٤):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالجَدُّ لَا يَرِثُ مَعَ الأَبِ فَإِنْ لَمْ يَكُن أَبٌ فَالجَدُّ بِمَنْزِلَةِ الأَبِ إِنْ لَمْ يَكُنْ المَيِّتُ تَرَكَ أَحَداً مِنْ وَلَدِ أَبِيهِ الأَدْنَيْنَ أَوْ أَحَداً مِنْ أُمَّهَاتِ أَبِيهِ وَإِنْ عَالَتِ الفَرِيضَةِ إِلَّا فِي فَرِيضَتَيْنِ زَوْجٍ وَأَبَوَيْنِ أَوْ امْرَأَةٍ وَأَبَوَيْنِ فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ فِيهِمَا مَكَانَ الأَبِ جَدٌّ صَارَ لِلأُمِّ الثُّلُث كَامِلاً وَمَا بَقِيَ فَلِلْجَدِّ بَعْدَ نَصِيبِ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ وَأُمَّهَاتِ الأَبِ لَا يَرِثْنَ مَعَ الأَبِ وَيَرِثْنَ مَعَ الجَدِّ».

قال في الحاوي: أما الجد المطلق فهو أبو الأب لا غير، فأما أبي الأم فهو جد بتقييد، ثم الجد يجمع رحماً وتعصيباً كالأب، فيرث تارة بالرحم فرضاً مقدراً ويرث

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٩١٨)، والترمذي (٢١١٢)، وابن ماجه (٢٧٥٢)، وأحمد (٤/ ١٠٣)، والدارمي (٢/ ٣٧٧)، والدارقطني (٤/ ٨١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) انظر الأم (٣/ ١٤٦، ١٤٧).

بالتعصيب تارة مرسلاً، ويجمع بين الفرض والتعصيب في موضع ولا خلاف أن الجد لا يسقط إلا بالأب وحده، وله في ميراثه ثلاثة أحوال أجمعوا أنه فيها كالأب، وحال أجمعوا أنه فيها بخلاف الأب، وحال اختلفوا هل هو فيها كالأب أم لا؟

فأما الحال التي أجمعوا على أنه فيها كالأب فمع البنين وبينهم يأخذ بالفرض وحده مع البنات وبنات الابن يأخذ بالفرض والتعصيب إن بقي شيء كالأب ويسقط سائر العصبات سوى الإخوة من الأعمام وبنيهم وبين الإخوة إلا في رواية شاذة حكاها إسماعيل بن أبي خالد عن علي عليه السلام أنه قاسم الجد مع بني الإخوة وليست ثابتة، ويسقط الإخوة للأم فهذه حال هو والأب فيها سواء، وأما ما أجمعوا عليه على أنه فيه مخالف للأب ففي فريضتين هما زوج وأبوان، أو زوجة وأبوان، فإن للأم ثلث ما يبقى بعد فرض الزوج والزوجة، فإن كان مكان الأب جد؛ فللأم ثلث جميع المال في الفريضتين أما مع الزوجة فباتفاق، وأما مع الزوج فهو قول الأكثرين، وحكي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جعل للأم ثلث ما بقي والباقي للجد للأب، وحكي عن ابن مسعود أنه جعل للزوج النصف، والباقي بين الجد والأم نصفين، وهي إحدى مربعاته؛ لأنه جعل المال أرباعاً، والذي عليه الجمهور ما ذكرنا، والجد يحجب أم نفسه دون أمهات الأب، فهذه حال ذهبوا إلى أنه فيها مخالف للأب، وأما ما اختلفوا هل الجد فيه كالأب أم لا؟ فمع الإخوة والأخوات، وقد كانت الصحابة رضي الله عنهم لاشتباه الأمر فيه تكره القول فيه حتى روى سعيد بن المسيب قال: قال رسول الله ﷺ: «أجرأكم على قسم الجد أجرأكم على النار»[1].

وقال علي عليه السلام: «من سره أن يقتحم جراثيم جهنم فليقض بين الإخوة والجد»[2].

وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه سلونا عن عضلكم ودعونا من الجد لا حياه الله». فاختلف الصحابة ومن بعدهم في سقوط الإخوة والأخوات بالجد: فروي عن أبي بكر الصديق وعبد الله بن عباس وعائشة وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وأبي موسى الأشعري وأبي هريرة وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم أن الجد يسقط الإخوة والأخوات كالأب، وعن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم مثله، ثم رجعوا عنه بل روي عنهم أنهم لم يختلفوا فيه أيام أبي بكر حتى مات رضي الله عنه.

وبهذا قال من التابعين عطاء وطاوس والحسن وقال به من الفقهاء: أبو حنيفة والمزني وأبو ثور وإسحاق وابن سريج وداود وروي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمران بن الحصين رضي الله عنهم أن الجد يقاسم الإخوة والأخوات ولا يسقطهم على ما سنذكره من كيفية مقاسمته لهم.

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (٥٥).

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٤١٦)، بلفظ: «يتقحم» بدل «يقتحم».

وبه قال من التابعين شريح والشعبي ومسروق وعبيدة السلماني ومن الفقهاء: الشافعي ومالك والأوزاعي والثوري وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل واستدل من أسقط الإخوة والأخوات بالجد بقول الله تعالى: ﴿وَٱتَّبَعْتُ مِلَّةَ ءَابَآءِىٓ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْحَٰقَ﴾ [يُوسُف: ٣٨] وقال تعالى: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾ [الحَجّ: ٧٨] فسماه أباً وإذا كان اسم الأب منطلقاً على الجد وجب أن يكون في الحكم كالأب، ولأن للميت طرفين أعلى وأدنى فالأعلى الأب ومن علا والأدنى الابن ومن سفل فلما كان ابن الابن كالابن في حجب الإخوة ووجب أن يكون أبو الأب كالأب في حجب الإخوة. وتحريره قياساً أنه أحد الطرفين فاستوى حكم أوله وآخره كالطرف الآخر قالوا: ولأن الجد عصبة لا يعقل فوجب أن يسقط العصبة التي تعقل كالابن، ولأن من جمع الولادة والتعصيب أسقط من عدم الولادة وتفرد بالتعصيب كالابن؛ ولأن للجد تعصيباً ورحماً يرث بكل واحد منهما منفرداً فكان أقوى من الأخ الذي ليس يدلي إلا بالتعصيب وحده قالوا: ولأن الجد يدلي بابن والأخ يدلي بالأب، والابن أقوى من الأب، فكان الإدلاء بالابن أقوى من الإدلاء بالأب، ولأن للجد ولاية يستحقها بقوته في نكاح الصغيرة وعلى مالها ويضعف الأخ بما قصر فيها.

قالوا: ولأن الأخ لو قاسم الجد كالأخوين لوجب أن يقتسمها في كل فريضة ورث فيها جدكما يقاسم الأخ الأخ في كل فريضة ورث فيها أخ، فلما لم يقاسمه في غير هذا الموضع يقاسمه في هذا الموضع. قالوا: ولأن الجد في مقاسمة الإخوة لا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يكون كالأخ للأب والأم، أو كالأخ للأب أو أقوى منهما، وليس يجوز أن يكون أضعف منهما؛ لأنه لا يسقط بهما، فلو كان كالأخ للأب والأم لم يرث معه الأخ للأب ولو كان كالأخ للأب لما ورث مع الأخ للأب والأم، وإذا امتنع بما ذكرنا أن يكون كأحدهما ثبت أنه أقوى منهما، والله أعلم.

فصل: واستدل من ورث الإخوة والأخوات مع الجد بقوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النِّسَاء: ٧] وبقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفَال: ٧٥] والجد والإخوة يدخلون في عموم الآيتين فلم يجز أن يخص الجد بالمال دون الإخوة، ولأن الأخ عصبة يقاسم أخته فلم يسقط بالجد كالابن طرداً وبني الإخوة والعم عكساً.

فإن قيل: هذا تعليل فاسد؛ لأن الأخ وإن عصب أخته يسقط بالأب وهو لا يعصب أخته فكذلك لا يمتنع أن تسقط بالجد الذي لا يعصب أخته.

قيل: إنما سقطوا بالأب لمعنى عدم في الجد وهو إدلائهم بالأب دون الجد، ولأن قوة الأبناء مكتسبة من قوة الآباء، فلما كان بنو الأخوة لا يسقطون مع بني الجد فكذلك الإخوة لا يسقطون مع الجد.

فإن قيل: فهذا الجميع يقتضي أن يكون الإخوة يسقطون الجد كما أن بني الإخوة يسقطون بني الجد وهم الأعمام.

قيل: إنما استدللنا بهذا على ميراث الإخوة لا على من سقط بالإخوة وقد دل على ميراثهم فصح، ولأن كل من لا يحجب الأم إلى ثلث الباقي لا يحجب الإخوة كالعم طرداً وكالأب عكساً، ولأن كل سببين يدليان إلى الميت لشخص واحد لم يسقط أحدهما بالآخر كالأخوين وكابني الابن، لأن الأخ والجد كلاهما يدليان بالأب، ولأن تعصيب الإخوة كتعصيب الأولاد؛ لأنهم يعصبون أخواتهم ويحجب الأم من أعلى الوجهين، ويفرض النصف للأنثى منهم والجد في هذه الأحوال كلها بخلافهم فكانوا بمقاسمة الجد أولى من سقوطهم به، ولأن كل شخصين إذا اجتمعا في درجة واحدة وكان أحدهما يجمع بين التعصيب والرحم والآخر يتفرد بالتعصيب دون الرحم: كان المتفرد بالتعصيب وحده أقوى كالابن إذا اجتمع مع الأب فلما كان الجد جامعاً للأمرين والأخ مختص بأحدهما وجب أن يكون أقوى، لأن الجد والأخ كلاهما يدليان بالأب والجد يقول: أنا أبو أبي الميت، والأخ يقول: أنا ابن أبي الميت فصار الأخ أقوى من الجد لثلاثة معانٍ منها: أن الأخ يدلي بالبنوة والجد يدلي بالأبوة، والإدلاء بالبنوة أقوى، ومنها أن من يدليان به وهو الأب لو كان هو الميت لكان للجد من تركته السدس وخمسة أسداسها للابن، ومنها أن الأخ قد شارك الميت في الصلب وراكضه في الرحم، وإذا كان الأخ أقوى من الجد بهذه المعاني الثلاثة كان أقل أحواله أن يكون مشاركاً له في ميراثه، ثم يدل على ذلك ما جرى من نظر الصحابة فيه، فروي أن عمر رضي الله عنه كان يكره أن يذكر فريضة في الجد حتى صار هو جداً وذلك أن ابنه عاصماً مات وترك أولاداً ثم مات أحد الأولاد فترك جده عمر وإخوته فعلم أنه أمر لا بد من النظر فيه، فقام في الناس فقال: هل فيكم من أحد سمع رسول الله ﷺ يقول في الجد شيئاً؟ فقام رجل فقال: سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن فريضة الجد فأعطاه السدس فقال من كان معه من الورثة؟ فقال: لا أدري قال: لا دريت ثم قال آخر: سئل رسول الله ﷺ عن فريضة الجد فأعطاه الثلث فقال: من كان معه من الورثة؟ قال: لا أدري قال: لا دريت؟ ثم دعا زيد بن ثابت فقال: إنه كان من رأيي ورأي أبي بكر قبل أن أجعل الجد أولى من الأخ فماذا ترى؟ فقال: يا أمير المؤمنين لا يجعل شجرة خرج منها غصن ثم خرج من الغصن غصنان فيم تجعل الجد أولى من الأخ وهما خرجا من الغصن الذي خرج منه الجد؟ ثم دعا علي بن أبي طالب وقال له مثل مقالته لزيد فقال: علي يا أمير المؤمنين لا تجعل وادٍ سأل فانشعبت منه شعبة ثم انشعبت من الشعبة شعبتان فلو رجع ماء إحدى الشعبتين دخل في الشعبتين جميعاً فيم تجعل الجد أولى من الأخ؟ فقال عمر: لولا رأيكما أجمع ما رأيت أن يكون ابني ولا أن أكون أباه[1].

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٤٣٠).

قال الشعبي: فجعل الجد أخاً مع الأخوين ومع الأخ والأخت فإذا كثروا ترك مقاسمتهم وأخذ الثلث، وكان عمر رضي الله عنه أول جد ورث مع الإخوة في الإسلام، فهذه القصة وإن طال الاحتجاج بها تجمع خبراً، واحتجاجاً، ومثلاً، فلذلك استوفيناها.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن الله تعالى سمى الجد أباً فهو أن اسم الأب انطلق عليه توسعاً ألا ترى أن تسميته بالجد أخص من تسميته بالأب، ولو قال قائل هذا جد وليس بأب لم يكن مضلاً، والأحكام تتعلق بحقائق الأسماء دون مجازها، ولا يتعلق عليه حكم الأب، وكما تسمى الجدة أماً ولا ينطلق عليها أحكام الأم.

وأما استدلالهم بأن طرفه الأدنى يستوي حكم أوله وآخره فكذلك طرفه الأعلى فالجواب عنه: أن ابن الابن لما كان كالابن في الحجب الأم كان كالابن في حجب الإخوة، ولما كان الجد مخالفاً للأب في حجب الأم إلى ثلث الباقي كان مخالفاً للأب في حجب الإخوة فيكون الفرق بين الطرفين في حجب الأم هو الفرق بينهما في حجب الإخوة، وأما قياسهم على الابن بعلة أنه عصبة لا يعقل. فالجواب عنه أن استحقاق العقل دل على قوة التعصيب فلم يجز أن يجعل دليلاً على ضعفه ألا ترى أن أقرب العصبات اختص بتحمل العقل من الأباعد، لقوة تعصيبيهم وضعف الأباعد، وليس خروج الآباء والأبناء عن العقل عنه لمعنى يعود إلى التعصيب فيجعل دليلاً على القوة كما لا يجوز أن يجعل دليلاً على الضعف وذلك لأجل التعصيب ثم المعنى في الابن أنه لما كان أقوى من الأب أسقط الإخوة المدلين بالأب فلما لم يكن الجد أقوى من الأب لم يسقط الإخوة المدلين بالأب.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن الجد قد جمع الولادة والتعصيب كالأب فهو أن الأب إنما أسقطهم لإدلائهم به لا لرحمه وعصبته ألا ترى أن الابن وإن انفرد بالتعصيب وحده أقوى من الأب والجد، وهكذا الجواب عن قولهم يجمع تعصيباً ورحماً.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن إدلاء الجد بابن وإدلاء الأخ بأب فهو ما قدمناه دليلاً من أن إدلاء الأخ بالبنوة وإدلاء الجد بالأبوة لإدلائهما جميعاً بالأب فكان إدلاء الأخ أقوى.

وأما استدلالهم بولاية الجد في المال والتزويج فليس ذلك من دلائل القوة في الميراث، ألا ترى أن الابن لا يلي ولا يزوج وهو أقوى من الأب، وإن ولي وزوج.

وأما استدلالهم بأنه لو شاركه في موضع لشاركه في كل موضع، فالجواب عنه أن كل موضع ورث الجد فيه بالتعصيب الذي شارك الأخ فيه فإنه يشاركه في ميراثه لا لميراثهما في نسبه، وإنما لا يشاركه في الموضع الذي لا يرث الجد فيه بالرحم، لأنه ليس للأخ رحم يساويه فيها.

وأما استدلالهم بأن الجد لا يخلو من أحوال ثلاثة: فالجواب عنه أن الجد والإخوة مجتمعون على الإدلاء بالأب فلم يضعف عنه الأخ للأب بعد الأم لمساواته فيما أدلى به، كما لم يقو عليه الأخ للأب والأم بأمه، وليس كذلك حال الإخوة حالهم بعضهم مع بعض، لأنهم يدلون بكل واحد من الأبوين فكان من جمعهما أقوى من انفرد بأحدهما، والله أعلم بالصواب.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَكُلُّ جَدٍّ وَإِنْ عَلَا فَكَالْجَدِّ إِذَا لَمْ يَكُنْ جَدٌّ دُونَهُ فِي كُلِّ حَالٍ إِلَّا فِي حَجْبِ أُمَّهَاتِ الجَدِّ وَإِنْ بَعُدْنَ فَالجَدُّ يَحْجُبُ أُمَّهَاتِهِ وَإِنْ بَعُدْنَ وَلَا يَحْجُبُ أُمَّهَاتِ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ مِنْهُ اللَّاتِي لَمْ يَلِدْنَهُ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: لا فرق بين الجد الأدنى والجد الأبعد في مقاسمة الإخوة والأخوات، فأبعدهم فيه كأقربهم، كما كان الأبعد في الإدلاء كأقربهم، فإن قيل: فإذا جعلتم الجد الأعلى كالجد الأدنى في مقاسمة الإخوة فهلا جعلتم بني الإخوة معهم كالإخوة؟ قيل: المعنى في توريث الجد ما فيه من التعصيب والولادة، وهذا موجود في البعيد كوجوده في القريب، كما أن معنى الابن في التعصيب والحجب موجود في ابن الابن وإن سفل، وليس كذلك حال الإخوة وبنيهم، لأن مقاسمة الإخوة للجد، إنما كان بقوتهم على تعصيب أخواتهم وحجب أمهم، وبنو الإخوة قد عدموا هذين المعنيين فلا يحجبون الأم ولا يعصبون الأخوات، فلذلك قصروا عن الإخوة في مقاسمة الجد ولم يقصروا في الجد عن مقاسمة الإخوة كالجد، فإذا ثبت هذا فحكم الجد الأعلى في الميراث والحجب ومقاسمة الإخوة كالجد الأدنى إلا في حال واحدة وهي أن الجد الأدنى يسقط سائر أمهات الأجداد، ولأنهن ولدنه، والجد الأعلى لا يسقط أمهات الجد الأدنى، لأنهن لم يلدنه، وإنما يسقط أمهات نفسه اللاتي ولدنه، ثم هو فيما سوى كذلك وفي حجب الإخوة للأم كالجد الأدنى، والله أعلم بالصواب.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا كَانَ مَعَ الجَدِّ أَحَدٌ مِنَ الإِخْوَةِ أَوْ الأَخَوَاتِ لِلأَبِ وَالأُمِّ وَلَيْسَ مَعَهُنَّ مَنْ لَهُ فَرْضٌ مُسَمًّى قَاسَمَ أَخاً أَوْ أُخْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثاً أَوْ أَخاً وَأُخْتاً فَإِنْ زَادُوا كَانَ لِلجَدِّ ثُلُثُ المَالِ وَمَا بَقِيَ لَهُمْ».

قال في الحاوي: وهذا صحيح إذا ثبت ما وصفنا من أن الجد يقاسم الإخوة والأخوات ولا يسقطهم فقد اختلف من قال بتوريثه معهم في كيفية مقاسمته لهم،

---

(١) انظر الأم (١٤٧/٣).

(٢) انظر الأم (١٤٧/٣).

فالمروي عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم أنه يقاسمهم ما لم تنقصه المقاسمة من الثلث، فإن نقصته فرض له الثلث، وبه قال الشافعي، وروي عن علي بن أبي طالب عليه السلام: أنه قاسم بالجد إلى السدس، فإن نقصته المقاسمة من السدس فرض له السدس، فيقاسم به إلى خمسة إخوة، ويفرض له مع الستة السدس، هذا هو المشهور عنه.

وحكي عن عمران بن الحصين أنه قاسم بالجد إلى نصف السدس، فإن نقصته منه فرض له نصف السدس، فكأنه قاسم به إلى أحد عشر أخاً، وفرض له نصف السدس مع الثاني عشر، وهذا القول ظاهر الخطأ، لأنه ليس الجد مع الإخوة أضعف منه مع البنين، وقد ثبت أنه لا ينقص مع الابن من السدس فكيف يجوز أن ينقص مع الإخوة من السدس، وأما مقاسمة علي عليه السلام به إلى السدس: فاستدل له بأن الجد ليس بأقوى من الأب وقد ثبت أن الأب إذا فرض له لم يزد في فرضه على السدس فكان الجد إذا فرض له أولى أن لا يزاد على السدس، والدليل على أن الجد يفرض له الثلث مع الإخوة إن نقصته المقاسمة هو أن في الجد رحماً وتعصيباً فميراثه مع الابن يرحمه فيأخذ به السدس، وميراثه مع الإخوة بتعصيبه كما أنهم بالتعصيب يرثون، فلو فرض له السدس لا يسقط تعصيبه وورث برحمه، وليس في الإخوة ما يدفعون الجد عن تعصيبه فلذلك فرض له الثلث ليكون السدس بالرحم.

والسدس بالتعصيب الذي أقل أحواله أن يكون كالرحم، ولأن الجد يحجبه الأخوان في الثلث، وقد استقر في أصول الحجب أن الابنين إذا حجبا إلى فرض كان من زاد عليهما في حكمها في استقرار ذلك الفرض بعد الحجب، ولا يحجب الثالث زيادة على حجب الثاني، كالأخوين لما حجبا الأم إلى السدس لم يزدها الثلث حجباً على الثاني حتى ينقص به من السدس، كذلك الجد لا ينقصه الثالث من الثلث. وقد روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه قال: دخلت على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقلت: إني قد رأيت أن أنقص الجد للإخوة فقال عمر: لو كنت مستنقصاً أحداً لأحد لأنقصت الإخوة للجد، أليس بنو عبد الله يرثون دون أخوتي فما لي لا أرثهم دون إخوتهم، لأن أصبحت لأقولن في الجد قولاً فمات من ليلته رضوان الله عليه.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا فلا يخلو أن يكون مع الإخوة والجد ذو فرض أم لا فإن كان معهم ذو فرض فسيأتي، وإن لم يكن معهم ذو فرض فلا يخلو حال من شارك الجد من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكونوا إخوة منفردين، فإن الجد يقاسم أخوين ولا يقاسم من زاد، فإن كانت الفريضة جداً وأخاً: كان المال بينهما نصفين، وإن كانت جداً وأخوين: كان المال بينهم أثلاثاً، وإن كانت جداً وثلاثة إخوة فرض للجد الثلث وكان الباقي بين الإخوة على

ثلاثة وتصح من تسعة وهكذا يفرض له الثلث مع من زاد على الثلاثة.

والثاني: أن يكون مع الجد أخوات متفرقات فقد حكي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما كانا يفرضان للأخوات المتفرقات مع الجد ويجعلان الباقي بعد فرضهن للجد إلا أن يكون أقل من السدس فيفرض له السدس، ونحوه عنه عمر رضي الله عنه، وكان زيد بن ثابت لا يفرض للأخوات المنفردات مع الجد إلا في الأكدرية ونحوها، وترك الفرض لهن مع الجد أولى كالأخ، فلما لم يفرض لهن مع الأخ لم يفرض لهن مع الجد، لأن كل من قاسم الذكور قاسم الذكور قاسم من في درجته من الإناث كالابن، فعلى هذا لو كانت الفريضة جداً وأختاً فالمال بينهما أثلاثاً للذكر مثل حظ الأنثيين كالأخ والأخت، ولو كانت جداً وأختين: كان المال بينهم على أربعة للجد سهمان، ولكل أخت سهم، فلو كانت جداً وثلاث أخوات كان المال بينهم على خمسة، للجد سهمان ولكل أخت سهم فلو كانت جداً وأربع أخوات كان المال بينهم على ستة للجد سهمان ولكل أخت سهم وتستوي المقاسمة والثلث ولو كانت جداً، وخمس أخوات فرض للجد الثلث، لأن المقاسمة تنقصه من الثلث فيكون الباقي بعد ثلث الجد بينهن على أعدادهن.

والثالث: أن يكون مع الجد إخوة وأخوات فيقاسمهم إلى الثلث ثم يفرض له الثلث إن نقصته المقاسمة منه، فعلى هذا لو كانت الفريضة جداً وأخاً وأختاً كان المال بينهم على خمسة للجد سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم ولو كانت جداً وأخاً وأختين: كان المال بينهم على ستة للجد سهمان، وللأخ سهمان، وللأختين سهمان، وتستوي المقاسمة والثلث، ولو كانت جداً، وأخوين، وأختاً فرض له الثلث، لأن المقاسمة تنقصه منه، لأنه يحصل له بها سهمان من سبعة، فذلك فرض له الثلث، وكان الباقي بين الأخوين والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، وهكذا يفرض له الثلث مع أخ، وثلاث أخوات؛ لأن المقاسمة تنقصه منه ثم هكذا من زاد.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِنْ كَانَ مَعَهُنَّ مَنْ لَهُ فَرْضٌ مُسَمًّى زَوْجٌ أَوْ امْرَأَةٌ أَوْ أُمٌّ أَوْ جَدَّةٌ أَوْ بَنَاتُ ابْنٍ وَكَانَ ذَلِكَ الفَرْضُ المُسَمَّى النِّصْفَ أَوْ أَقَلَّ مِنَ النِّصْفِ بَدَأْتَ بِأَهْلِ الفَرَائِضِ ثُمَّ قَاسَمَ الجَدُّ مَا يَبْقَى أُخْتاً أَوْ أُخْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثاً أَوْ أَخاً وَأُخْتاً وَإِنْ زَادُوا كَانَ لِلْجَدِّ ثُلُثُ مَا يَبْقَى وَمَا بَقِيَ فَلِلأُخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ وَإِنْ كَثُرَ الفَرْضُ المُسَمَّى بِأَكْثَرَ مِنَ النِّصْفِ وَلَمْ يُجَاوِزِ الثُّلُثَيْنِ قَاسَمَ أُخْتاً أَوْ أُخْتَيْنِ فَإِنْ زَادُوا فَلِلْجَدِّ السُّدُسُ وَإِنْ زَادَتِ الفَرَائِضُ عَلَى الثُّلُثَيْنِ لَمْ يُقَاسِمِ الجَدُّ أَخاً وَلَا أُخْتاً وَكَانَ لَهُ

---

(١) انظر الأم (٣/١٤٨).

السُّدُسُ وَمَا بَقِيَ فَلِلإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ».

قال في الحاوي: قد مضى الكلام في تفرد الجد والإخوة بالميراث؛ فأما إذا شاركهم ذو فرض فللجد معهم عند دخول ذوي الفروض عليهم الأكثر من أحد ثلاثة أشياء: إما المقاسمة أو ثلث ما بقي، أو سدس جميع المال، فإن كانت المقاسمة أكثر قاسم لما قدمناه من الدليل على مقاسمته لهم، فإن كان الثلث الباقي أكثر فرض له ثلث الباقي لما ذكرناه من أنهم لا يحجبون إلى أقل من الثلث، وإن كان السدس أكثر فرض له السدس، لأنه لا ينقص برحمه عن السدس، فلذلك جعلنا له الأكثر من المقاسمة، أو ثلث الباقي، أو سدس الجميع، فإذا تقرر ما وصفنا فلا يخلو حال من دخل عليه من ذوي الفروض من أربعة أقسام.

الأول: أن يكون الفرض أقل من النصف: فيعطي الجد الأكثر من المقاسمة، أو ثلث الباقي، لأنه أكثر من سدس الجميع، فعلى هذا لو ترك زوجة، وأخاً، وجداً، كان للزوجة الربع، والباقي بين الجد والأخ نصفين، لأن المقاسمة أوفر له، ولو ترك زوجة، وجداً، وأخاً، وأختاً، كان للزوجة الربع، والباقي بين الجد والأخ نصفين، لأن المقاسمة أوفر له، ولو ترك زوجة وأخاً، وجداً، وأختاً، كان للزوجة الربع، والباقي بين الجد والأخ والأخت على خمسة أسهم والمقاسمة أوفر ولو ترك أماً وأخاً وأختين، وجداً، كان للأم السدس، والباقي بين الجد والأخ والأختين على ستة أسهم، والمقاسمة وثلث الباقي سواء، ولو ترك أماً، وأخوين، وأختاً، وجداً، كان للأم السدس، وللجد ثلث ما بقي، لأنه أكثر المقاسمة وما بقي بين الأخوين والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو ترك زوجة، وأماً، وأخاً، وأختاً، وجداً، كان للزوجة الربع، وللأم السدس، والباقي بين الجد والأخ والأخت على خمسة أسهم والمقاسمة أكثر من ثلث ما بقي.

والثاني: أن يكون الفرض النصف لا غير: وذلك فرضان: فرض الزوج وفرض البنت، فإن كان للزوج فكانت الفريضة زوجاً، وأخاً، وجداً، كان للزوج النصف والباقي بين الجد والأخ نصفين، والمقاسمة أوفر، فلو كانت زوجاً، وأخاً، وأختاً، وجداً، كان للزوج النصف، والباقي بين الأخ والجد والأخت على خمسة، والمقاسمة أوفر، فلو كانت زوجاً، وأخوين، وجداً، كان للزوج النصف، والباقي بين الجد والأخوين على ثلاثة، والمقاسمة وثلث الباقي وسدس جميع المال سواء، فلو كانت زوجاً، وأخوين، وأختاً وجداً، كان للزوج النصف، وللجد ثلث ما يبقى، وهو سدس الجميع أيضاً والباقي بين الأخوين والأخت لا يقاسمهم الجد، لتساويه بالمقاسمة عن ثلث ما يبقى وسدس الجميع، وإن كان النصف فرض البنت: فقد حكي عن علي عليه السلام أنه لا يزيد الجد على السدس مع البنت، أو بنت الابن، وعلى قول الجماعة إن الجد يقاسم الإخوة مع البنت كما يقاسم مع غير البنت، لأن الجد لا يضعف عن الأخ والأخت،

فلما اقتسم الأخ والأخت ما فضل عن فرض البنت اقتسمه الأخ والجد، فعلى هذا لو ترك بنتاً، وأخاً، وجداً، كان للبنت النصف، والباقي بين الأخت والجد على ثلاثة، ولو ترك بنتاً وأخوين، وأختاً، وجداً، كان للبنت النصف، وللجد ثلث ما يبقى وهو السدس، لأن المقاسمة تنقصه عنه والباقي بين الأخوين والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين.

والثالث: أن يكون الفرض يزيد على النصف ولا يزيد على الثلثين فيكون للجد الأكثر من المقاسمة أو سدس جميع المال، لأن ثلث الباقي أقل منه، فعلى هذا لو ترك زوجة، وأماً، وأختاً، وجداً، كان للزوجة الربع، وللأم الثلث، والباقي بين الجد والأخ، لأنه أكثر له من السدس، وتفضل الأم بسهمها على الجد، وحكي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما كانا لا يفضلان أماً على جد، وفضلها زيد؛ لأن الأم أقوى ولادة وأقرب درجة فلم يمتنع تفضيلها على الجد، فلو ترك بنتاً، وأماً، وأختاً، وجداً، كان للبنت النصف، وللأم السدس، والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة، والمقاسمة أوفر، ولو ترك بنتاً وبنت ابن، وأخاً، وجداً، كان للبنت النصف ولبنت الابن السدس، والباقي بين الجد والأخ نصفين، والمقاسمة والسدس سواء ولو كان مع الأخ أخت فرض للجد السدس، لأن المقاسمة أقل.

والرابع: أن يكون الفرض أكثر من الثلثين: للجد السدس، وربما استوى السدس والمقاسمة، فإذا كانت الفريضة زوجاً وبنتاً وأخاً وجداً، كان للزوج الربع، وللبنت النصف، وللجد السدس، والباقي للأخ سهم من اثني عشر، فلو كانت زوجة، وأماً، وبنتاً، وأخاً، وجداً، كان للزوجة الثمن، وللأم السدس، والباقي للأخ سهم من أربعة وعشرين سهماً فلو كانت زوجاً، وبنتاً، وأختاً، وجداً، فللزوج الربع، وللبنت النصف، وسدس للجد والمقاسمة سواء، فيقاسم به، لأن المقاسمة ما لم تنقصه عن فرضه أولى فيكون المال بينهم على ثلاثة، والله أعلم.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِنْ عَالَتِ الفَرِيضَةُ فَالسُّدُسُ لِلْجَدِّ وَالعَوْلُ يَدْخُلُ عَلَيْهِ مِنْهُ مَا يَدْخُلُ عَلَى غَيْرِهِ».

قال في الحاوي: وأما العول فهو زيادة الفروض في التركة حتى تعجز التركة عن جميعها فيدخل النقص على الفروض بالحصص، ولا يخص به بعض ذوي الفروض من دون بعض، فهذا هو العول، وبه قال جمهور الصحابة، وأول من حكم به عن رأي جميعهم عمر بن الخطاب رضوان الله عليه، وأشار به عليه علي، والعباس رضي الله عنهما، ثم

(١) انظر الأم (١٤٨/٣).

اتفقوا جميعاً عليه إلا ابن عباس وحده، فإنه خالفهم في العول، وأظهر خلافه بعد موت عمر، وهي المسألة الرابعة التي تفرد ابن عباس فيها بخلاف الصحابة، وقال أكمل فرض من نقل الله تعالى من فرض إلى فرض كالزوج والزوجة والأم، وأدخل النقص على من نقله الله من فرض إلى غير فرض كالبنات والأخوات لانتقالهن مع إخوتهن من فرض إلى غير فرض كالبنات والأخوات لانتقالهن مع إخواتهن من فرض إلى غير فرض.

وروى عطاء بن أبي رباح قال: سمعت ابن عباس يقول: أترون الذي أحصى رمل عالج عدداً لم يحص في مال قسمه نصفاً ونصفاً وثلثاً، فبهذان النصفان قد ذهبنا بالمال فأين موضع الثلث قال عطاء: فقلت لابن عباس يا أبا عباس إن هذا لا يغني عنك ولا عني شيئاً لو مت أو مت قسم ميراثنا على ما قاله اليوم من خلاف رأيك قال: فقال: إن شاؤوا فلندع أبناءنا وأبنائهم ونسائنا ونسائهم، وأنفسنا وأنفسهم، ثم نبتهل فنجعل لعنة الله على الكاذبين ما جعل الله في مال نصفاً ونصفاً وثلثاً[(١)].

وروى الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال: أتيت ابن عباس أنا وزفر بن أوس وما كنت ألقى رجلاً من العرب يحيك في صدري أحب إليّ من ذلك الرجل قال: فقال له زفر: يا أبا عباس من أول من أعال الفرائض؟ فقال عمر بن الخطاب وأيم الله لو قدم من قدم الله ما عالت فريضة، قال: فقال له: يا أبا عباس، وأيها التي قدمها الله وأيها التي أخر؟ فقال: كل فريضة لم تزل عن فريضة إلا إلى فريضة هي التي قدمها الله، وكل فريضتين عالت عن فريضتها لم يكن لها إلا ما بقي فهي التي أخر، فأما التي قدم الله فالزوج فله النصف، فإذا دخل عليه من يزيله فله الربع لا يزيله عنه شيء، والمرأة لها الربع فإذا زالت عنه صار لها الثمن لا يزيلها عنه شيء، والأم لها الثلث فإذا زالت عنه صار لها السدس لا يزيلها عنه شيء، فهذه الفرائض التي قدم الله، والتي أخر فريضة البنات والأخوات النصف والثلثان، فإذا أزالتهما الفرائض عن ذلك لم يكن لهم إلا ما يبقى، فإذا اجتمع ما قدم الله وما أخره بدىء بما قدمه الله ولم تعل فريضة، فقال له البصري: فما منعك أن تسير بهذا الرأي على عمر قال: هبته وكان امرءاً ورعاً فقال الزهري: والله لولا أنه تقدم ابن عباس إمام عدل فأمضى أمراً فمضى وكان امرءاً ورعاً لما اختلف على ابن عباس اثنان من أهل العلم فهذا مذهب ابن عباس في إسقاط العول واحتجاجه فيه فلم يتابعه على هذا القول إلا محمد ابن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين بن علي عليهم السلام.

ومن الفقهاء: داود بن علي دليل ذلك مع ما أشار إليه ابن عباس من الاحتجاج أنه ليس البنات والأخوات بأقوى من البنين والإخوة فلما أخذ البنون والإخوة ما بقي بعد

---

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ٣٤٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٤٥٧).

ذوي الفروض وإن قيل كان أولى أن يأخذه البنات والأخوات والدليل على استعمال العول وإدخال النقص على الجماعة بقدر فروضهم قول النبي ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها»(١) وكان الأمر لجميعهم على سواء فامتنع أن يختص بعضهم بالنقص دون بعض، ولأنه لما كان قصور التركة عن الدين وضيق الثلث عن الوصية توجب توزيع ذلك بالحصص وإدخال النقص على الجميع بالقسط ولا يخص به البعض مع تساوي الكل وجب أن يكون فرض التركة بمثابة في إدخال النقص على جميعها بالحصص، ولأن لو جاز نقص بعضهم توفيراً على الباقين لكان نقص الزوج والزوجة لإدلائهما بسبب أولى من نقص البنات والأخوات مع إدلائهما بنسب، ولأن الزوج والزوجة والأم، إن أعطوا مع كثرة الفروض وضيق التركة أعلى الفرضين كملا وإدخال النقص على غيرهم ظلم من شاركهم وجعلوا أعلى في الحالة الأدنى وإن أعطوا أقل الفرضين فقد حجبوا بغير من حجبهم الله تعالى به وكلا الأمرين فاسد، وإذا فسد الأمران وجب العول.

فأما استدلاله بأن ضعف البنات والأخوات يمنع من أن يفضلوا على البنين والإخوة.

فالجواب عنه: إن في إعطائهن الباقي تسوية بينهم وبين البنين والإخوة وقد فرق الله تعالى بينهما فيما قدره لأحدهما وأرسله للآخر فلم يجز أن يسوى بين المقدر والمرسل.

وأما ضيق المال عن نصفين وثلث: فلعمري إنه يضيق عن ذلك مع عدم العول، ويتبع له مع وجود العول فلم يمتنع، وأما قوله إنه يقدم من قدم الله فكلهم مقدم لأمرين:

أحدهما: أنه ليس يحجب بعضهم بعضاً، وفيما قاله ابن عباس حجب بعضهم ببعض.

والثاني: أن فرض جميعهم مقدر وفيما قاله ابن عباس إبطال التقدير فرضهم فثبت ما قلناه والله أعلم.

مسألة(٢):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَيْسَ يُقَالُ لأَحَدٍ مِنَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ مَعَ الجَدِّ إِلَّا فِي الأَكْدَرِيَّةِ وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَأُخْتٌ لأَبٍ وَأُمٍّ أَوْ لأَبٍ وَجَدٌّ فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلأُمِّ الثُّلُثُ وَلِلْجَدِّ السُّدُسُ وَلِلأُخْتِ النِّصْفُ يُقَالُ بِهِ ثُمَّ يُضَمُّ الجَدُّ سُدُسُهُ إِلَى نِصْفِ الأُخْتِ فَيُقْسَمَانِ ذَلِكَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ أَصْلُهَا مِنْ سِتَّةٍ وَتَعُولُ بِنِصْفِهَا وَتَصِحُّ مِنْ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ لِلزَّوْجِ تِسْعَةٌ وَلِلأُمِّ سِتَّةٌ وَلِلْجَدِّ ثَمَانِيَةٌ وَلِلأُخْتِ أَرْبَعَةٌ».

قال في الحاوي: اعلم أن لزيد بن ثابت في مسائل الجد ثلاثة أصول:

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الأم (٣/١٤٨، ١٤٩).

أحدها: أنه لا يفرض للأخوات المنفردات مع الجد وحكي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما فرضا للأخوات المنفردات مع الجد وقد دللنا عليه فيما تقدم.

والثاني: أنه يفضل أماً على جد، وحكي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما كانا لا يفضلان أماً على جد وقد دللنا عليه.

والثالث: أنه لا يعيل مسائل الجد، وحكي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم أنهم يعيلون مسائل الجد، والدليل على أنها لا تعول شيئان:

أحدهما: أن الجد يرث مع الإخوة والأخوات بالتعصيب ومسائل العصبات لا تعول.

والثاني: أنه لما كان اجتماع الإخوة والأخوات يمنع من عول مسائل الجد فإن انفراد الأخوات مانعاً من العول فهذه ثلاثة أصول لزيد عمل عليها في مسائل الجد ولم يخالف شيئاً منها إلا في الأكدرية فإنه فارق فيها أصلين منها، والأكدرية هي: زوج، وأم، وأخت، وجد، اختلف الناس فيها على أربعة أقاويل:

أحدها: وهو قول أبي بكر الصديق رضي الله عنه ومن تابعه أن للزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، وتسقط الأخت، وقد حكى هذا القول قبيصة بن ذؤيب عن زيد.

والثاني: وهو قول عمر وعبد الله بن مسعود أن للزوج النصف وللأم السدس، وللأخت النصف، وللجد السدس، لأنهما لا يفضلان أماً على جد وعالت بثلثها إلى ثمانية.

والثالث: وهو قول علي بن أبي طالب عليه السلام أن للزوج النصف، وللأم الثلث، وللأخت النصف، وللجد السدس، وتعول بنصفها إلى تسعة وتقسيم بينهما على ذلك.

والرابع: وهو قول زيد بن ثابت والمشهور عنه للزوج النصف، وللأم الثلث، وللأخت النصف، وللجد السدس، ويعول نصفها إلى تسعة ثم تجمع سهام الأخت والجد وهي أربعة فتجلعها بينهما على ثلاثة فلا تقسم فاضرب ثلاثة في تسعة تكن سبعة وعشرين، للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة، وللأم سهمان في ثلاثة ستة، ويبقى اثنا عشر للأخت ثلثها أربعة، وللجد ثلثاها ثمانية، ففارق زيد في هذه المسألة أصلين:

أحدهما: أنه فرض للأخت مع الجد وهو لا يرى الفرض لها.

والثاني: أنه أعال مقاسمة الجد وهو لا يعيلها وأقام على أصله الثالث في جواز تفضيل الأم على الجد، وإنما فارق فيها أصليه في الفرض والعول، لأن الباقي بعد فرض الزوج والأم السدس، فإن دفعه إلى الجد أسقط الأخت وهو لا يسقطها، لأنه قد عصبها

والذكر إذا عصب أنثى فأسقطها سقط معها كالأخ إذا عصب أخته وأسقطها سقط معها، ولو كان مكان الأخت أخ أسقطه الجد، لأنه لم يتعصب بالجد كالأخت فجاز أن يسقطه الجد ويرث دونه فلهذا المعنى لم يفرض للجد وتسقط الأخت ولم يجز أن يفرض للأخت يسقط الجد، لأن الجد لا يسقط مع الولد الذي هو أقوى من الأخت فلم يجز أن يسقط بالأخت فدعته الضرورة إلى أن فرض لهما وأعال ثم لم يجز أن يقر كل واحد منهما على ما فرض له؛ لأن فيه تفضيل الأخت على الجد والجد عنده كالأخ الذي يعصب أخته وكل ذكر عصب أنثى قاسمها للذكر مثل حظ الأنثيين فلذلك ما فرض زيد وأعال وقاسم، وبه قال الشافعي واختلفوا في تسمية هذه المسألة بالأكدرية فقال الأعمش: سميت بذلك؛ لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلاً يقال له الأكدر فأخطأ فيها فنسبت إليه، وقال آخرون: سميت بذلك، لأن الجد كدر على الأخت فرضها، وقال آخرون سميت بذلك، لأنها كدرت على زيد مذهبه في أن فارق فيها أصلين له وقد يلقى الفرضيون هذه المسألة في معاياة الفرائض فيقولون: أربعة ورثوا تركة فجاء أحدهم فأخذ ثلثها، ثم جاء الثاني فأخذ ثلث الباقي، ثم جاء الثالث فأخذ ثلث الباقي، ثم جاء الرابع فأخذ الباقي، لأن الزوج يأخذ ثلثها ثم الأم تأخذ ثلث الباقي ثم الأخت تأخذ ثلث باقيها.

فصل: فلو كان في الأكدرية مكان الأخت أخاً سقط بالجد والفرق بين الأخ والأخت ما قدمناه من أن الأخت تعصيبها بالجد فلم يجز أن يسقطها ولا يسقط معها والأخ لم يتعصب بالجد بل بنفسه فجاز أن يسقطه الجد ويأخذ بالرمم، فلو كانت زوجاً، وأماً، وأخاً، وجداً، وأختاً، كان للزوج النصف، وللأم السدس، وللجد السدس، والباقي وهو السدس بين الأخ والأخت على ثلاثة، فلو كانت زوجاً، وأماً، وبنتاً، وأختاً، وجداً كان للزوج الربع، وللأم السدس، وللبنت النصف، وللجد السدس، تعول إلى ثلاثة عشر، وتسقط الأخت، لأنها تعصبت بالبنت فلم يوجب سقوطها سقوط الجد معها، ولم يمتنع عولها، لأن الجد لم يرث فيها بالتعصيب، وإنما لا تعول مسائل الجد التي يقاسم فيها الإخوة والأخوات وهي المنسوبة إلى مسائل الجد، وقد تعول في غيرها كما تعول مع الأب.

فصل في ملقبات الجد:

منها: الخرقاء وهي أم، وأخت، وجد، واختلف الصحابة فيها على ستة أقاويل:

أحدها: وهو قول أبي بكر ومن تابعه من الصحابة رضي الله عنهم والفقهاء: إن للأم الثلث، والباقي للجد.

والثاني: وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أن للأم السدس وللأخت النصف، والباقي للجد، لأنه لا يفضل أماً على جد.

والثالث: وهو قول عثمان رضي الله عنه: أن للأم الثلث، وللأخت الثلث، وللجد الثلث.

والرابع: وهو قول علي عليه السلام: أن للأم الثلث، وللأخت النصف، والباقي للجد، لأنه يفضل أماً على جد.

والخامس: وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه أن للأخت النصف والباقي بين الأم والجد نصفان:

والسادس: وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه للأم الثلث والباقي بين الأخت والجد على ثلاثة وتصح من تسعة وبهذا يقول الشافعي وقد قدمنا من الدلائل ما يوضح هذا الجواب، وسميت هذه المسألة الخرقاء، لأن أقاويل الصحابة رضي الله عنهم تخرقها، وسميت مثلثة عثمان رضي الله عنه؛ لأنه جعل المال بينهم أثلاثاً، وسميت مربعة ابن مسعود رضي الله عنه؛ لأنه جعل المال بينهم أرباعاً والله أعلم بالصواب.

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَالإِخْوَةُ وَالأَخَوَاتِ لِلأَبِ وَالأُمِّ يُعَادُّونَ الجَدَّ وَالأَخَوَاتِ بِالأُخْوَةِ لِلأَبِ وَلَا يَصِيرُ فِي أَيْدِي الَّذِينَ لِلأَبِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ تَكُونَ أُخْتٌ وَاحِدَةٌ لِأَبٍ وَأُمٍّ فَيُصِيبُهَا بَعْدَ المُقَاسَمَةِ أَكْثَرُ مِنَ النِّصْفِ فَيُرَدُّ مَا زَادَ عَلَى الإِخْوَةِ لِلأَبِ وَالإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ لِلأَبِ بِمَنْزِلَةِ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ لِلأَبِ والأُمِّ مَعَ الجَدِّ إِذَا لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنَ الإِخْوَةِ وَالأَخَوَاتِ لِلأَبِ وَالأُمِّ».

قال في الحاوي: وهذا كما قال: لا اختلاف بين من قاسم الجد بالإخوة والأخوات في أنه متى انفرد معه الإخوة والأخوات للأب والأم قاسموه، وإذا انفرد معه الإخوة والأخوات قاسموه كمقاسمة ولد الأب والأم، واختلفوا في اجتماع الفريقين معه فحكى عن علي وابن مسعود أن ولد الأب يسقطون بولد الأب والأم في مقاسمة الجد، إلا أن يكون ولد الأب والأم أنثى واحدة وولد الأب إناثاً ولا ذكر معهن فيفرض لهن السدس تكملة الثلثين، فإن كان معهن ذكر سقطن به مع ولد الأب والأم استدلالاً بأنه ولد الأب لما سقطوا بولد الأب والأم عن الميراث مع الجد سقطوا في مقاسمة الجد، لأن المقاسمة سبب للاستحقاق فسقطت بسقوط الاستحقاق، وذهب زيد بن ثابت إلى أن ولد الأب يقاسمون الجد مع ولد الأب والأم ثم يردون ما حصل لهم على ولد الأب والأم إلا أن يكون ولد الأب والأم أنثى واحدة فلا تزاد فيما يرد عليها على النصف، فإن وصل بعد النصف شيء تقاسمه ولد الأب بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وحكي نحوه عن عمر رضي الله عنه وبه قال الشافعي ومالك.

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٩).

والدليل على مقاسمة الجد بولد الأب مع ولد الأب والأم: وهو أن مقاسمة الإخوة للجد إنما كان الإدلاء جميعهم بالأب فلما ضعف الجد عن دفع الإخوة للأب بانفرادهم كان أولى أن يضعف عن دفعهم إذا اجتمعوا مع من هو أقوى منهم فلذلك ما استوى الفريقان في مقاسمته، ثم لما كان الإخوة للأب والأم أقوى سبباً من الإخوة للأب دفعوهم عما صار إليهم حين ضعف الجد عن دفعهم فلذلك عاد ما أخذه الإخوة للأب عليهم، وليس يمتنع أن يحجب الإخوة شخصاً ثم يعود ما حجبوه على غيرهم، ألا ترى أن الأخ للأب يحجب الأم مع الأخ للأب والأم ثم يعود السدس الذي حجبها عنه على الأخ للأب والأم، فهكذا في مقاسمة الجد، وهكذا الأخوان يحجبان الأم مع الأبوين ثم يعود الحجب على الأب دون الأخوين.

فأمَّا الجواب عن الاستدلال بأن المقاسمة إنما تحجب الاستحقاق بها فهو أن الاستدلال به صحيح وقد استحقه الإخوة للأب والأم فصارت المقاسمة للاستحقاق لا لغيره.

فصل: فعلى هذا لو ترك أخاً لأب وأم، وأخاً لأب، وجداً، كان المال بينهم أثلاثاً، ثم يرد الأخ للأب سهمه على الأخ للأب والأم فيصير للأخ للأب والأم سهمين، وللجد سهم، ولو ترك أختاً لأب وأم، وأختاً لأب، وجداً، كان المال بينهم على أربعة، ثم ترد الأخت للأب سهماً على الأخت للأب والأم فيصير للأخت للأب والأم سهمان، وللجد سهمان، ولو ترك أخاً لأب وأم، وأختاً لأب وجداً، كان المال بينهم على خمسة ثم ترد الأخت للأب على الأخ للأب والأم سهماً فيصير للأخ للأب والأم ثلاثة أسهم، وللجد سهمان، ولو ترك أخاً وأم، وأختين لأب وجداً، كان المال بينهم على ستة ثم ترد الأختان سهماً على الأخ للأب والأم فيصير له أربعة أسهم وللجد سهمان، ولو ترك أختاً لأب وأم، وأخاً لأب، وجداً، كان المال بينهم على خمسة، ثم يرد الأخ للأب من سهمه على الأخت للأب والأم تمام النصف سهماً ونصفاً فيصير مع الأخت للأب والأم سهمان ونصف، ومع الأخ للأب نصف سهم، ومع الجد سهمان، وتصح من عشرة، فلو ترك أختاً لأب وأم، وأختين لأب، وجداً كان المال بينهم على خمسة ثم ترد الأختان من الأب على الأخت من الأب والأم تمام النصف لينتقل إلى عشرة وتصح من عشرين، فلو ترك أختاً لأب وأم، وثلاث أخوات لأب، وجداً، كان المال بينهم على ستة هم ترد الأخوات للأب على الأخت للأب والأم تمام النصف سهمين ويقتسمون السهم الباقي وتصح من ثمانية عشر.

فلو ترك أختين لأب وأم، وأختين لأب، وجداً، كان المال بينهم على ستة ثم ترد الأختان للأب سهميهما على الأختين للأب والأم، لأن ذلك تمام الثلثين فيصير مع الأختين أربعة ومع الجد سهمان، ويرجع إلى ثلاثة ولو ترك أماً، وأختاً لأب وأم،

وأخوين وأختاً لأب وجداً، كان للأم السدس وللجد ثلث ما يبقى، لأنه خير له من المقاسمة ومن سدس جميع المال فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر سدسها للأم ثلاثة، والباقي للجد خمسة، وللأخت للأب والأم تمام النصف تسعة، ويبقى سهم واحد لولد الأب على خمسة فاضربها في ثمانية عشر تكن تسعين ومنها تصح، وهذه المسألة يسميها الفرضيون تسعينية زيد، ولو ترك أماً، وأختاً لأب ولأم، وأخاً، وأختاً لأب وجداً، كان للأم السدس والباقي بينهم على النصف، وجعلت الباقي بين ولد الأب على ثلاثة ويصح عملها من مائة وثمانية، وإن عملتها على إعطاء الجد ثلث الباقي أخذنا عدداً تصح منه مخرج السدس وثلث الباقي وأصله ثمانية عشر للأم منها السدس وللجد ثلث الباقي خمسة، وللأخت للأب والأم النصف تسعة، والباقي وهو سهم بين ولد الأب على ثلاثة فاضربها في ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين فتصح منها على هذا العمل المختصر، وهذه المسألة يسميها الفرضيون مختصرة زيد.

والجواب في هذه المسألة كلها على قول زيد الذي يذهب إليه ويعمل عليه وقد حذفنا الجواب على قول من سواه كراهة الإطالة وبالله التوفيق.

مسألة(١):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَأَكْثَرُ مَا تَعُولُ بِهِ الفَرِيضَةُ ثُلُثَاهَا».

قال في الحاوي: اعلم أن هذا الكتاب مقصور على فقه الفرائض دون العمل، غير أننا لا نحب أن نخله من فصول تشتمل على أصول الحساب وطريق العمل ليكون الكتاب كافياً ولما قصدنا حاوياً.

فأول الفصول أصول المسائل: قد ذكرنا جمعاً وتفصيلاً أن الفروض ستة، النصف، والربع، والثمن، والثلثان، والثلث، والسدس، ومخرج حسابها من سبعة أصول، أربعة منها لا تعول، وثلاثة تعول، فالأربعة التي لا تعول ما أصله من اثنين، ومن ثلاثة، ومن أربعة، ومن ثمانية، فإذا كان في المسألة نصف وما بقي أو نصفان فأصلها من اثنين ولا تعول؛ لأنه لا بد أن يرث فيها عصبة إلا في فريضة واحدة، وهي زوج وأخت، وإذا كان في المسألة ثلث أو ثلثان أقرهما فأصلها من ثلاثة ولا تعول، لأنه لا بد أن ترث فيها عصبة الأخ فريضة واحدة وهي أختان لأب وأختان لأم وإذا كان في المسألة ربع أو نصف وربع فأصلها من أربعة ولا تعول، لأنه لا بد أن يرث فيها عصبة وإذا كان في المسألة ثمن أو كان مع الثمن نصف فأصلها من ثمانية ولا تعول، لأنه لا بد أن يرث فيها عصبة فهذه أربعة أصول لا تعول.

وأما الثلاثة التي تعول فما أصله من ستة ومن اثني عشر ومن أربعة وعشرين فإذا

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٤٩).

كان في المسألة سدس أو كان مع السدس ثلث أو نصف فأصلها من ستة وتعول إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة وهو أكثر العول وله أراد الشافعي بقوله وأكثر ما تعول به الفريضة ثلثاها، لأنها عالت بأربعة هي ثلثا الستة فانتهى عولها إلى عشرة وكل فريضة عالت إلى عشرة لم يكن الميت إلا امرأة، لأنه لا بد أن يرث فيها زوج ولا يرث فيها أب، لأنه لا بد أن يرث فيها أخوات ولا يرث فيها جد، لأنه لا بد أن يرث فيها ولد الأم وهذه الفريضة التي تعول إلى عشرة يسميها الفرضيون أم القروح ما تعول إلى تسعة فلا يكون الميت إلا امرأة ولا يرث فيها أب ويجوز أن يرث فيها جد وهو أكثر ما تعول إليه مسائل الجد ويسميها الفرضيون الغراء وما تعول إلى ثمانية فلا يكون الميت إلا امرأة ولا يجوز أن يرث فيها أب ولا جد ويسميها الفرضيون المساهلة فهذا أحد الأصول الثلاثة التي تعول.

والثاني: أن يكون في المسألة ربع مع سدس أو ثلث وثلثين فأصلها من اثني عشرة ولا تعول إلى الإفراد إلى ثلاثة عشر وإلى خمسة عشر وإلى سبعة عشر ولا تعول إلى أكثر من ذلك ولا إلى الأزواج فيما ذلك وما عال إلى سبعة عشر لم يكن الميت فيه إلا رجلاً ولا يرث فيه أب ولا جد وما عال إلى خمسة وإلى ثلاثة عشر جاز أن يكون الميت رجلاً أو امرأة وجاز أن يرث فيه أب أو جد فهذا ثاني الأصول التي تعول.

والثالث: أن يكون في المسألة مع سدس أو ثلث أو ثلثين فأصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين وهي المنبرية ولا يكون الميت فيها إلا رجلاً ولا بد أن يرث فيها الأبوان مع البنات وكل مسألة عالت فلا يجوز أن يورث فيها بالتعصيب والله أعلم بالصواب.

الفصل الثاني في تصحيح المسائل

ووجه تصحيحها إذا اجتمع في سهام الفريضة عددان، فإنه لا يخلو من أن يكون جنساً واحداً أو أجناساً فإن كان جنساً واحداً لم تخل سهام فريضتهم المقسومة على أعداد رؤوسهم من ثلاثة أقسام إما أن تكون منقسمة على عدد رؤوسهم عليهم أو موافقة لعددهم أو غير منقسمة ولا موافقة.

فالأول: أن تكون سهام فريضتهم منقسمة على عدد رؤوسهم فالمسألة تصح من أصلها.

مثاله: زوج وثلاثة بين أصلها من أربعة للزوج الربع سهم وما بقي وهو ثلاثة أسهم بين البنين الثلاثة.

وهكذا زوجة وابنان وثلاث بنات أصلها من ثمانية للزوجة الثمن سهم وما بقي وهو سبعة أسهم بين البنين والبنات للذكر مثل حظ الأنثيين على سبعة أسهم منقسمة عليهم لكل

ابن سهمان ولكل بنت سهم فهذا قسم.

والثاني: أن لا تنقسم سهامهم عليهم ولا يوافق عدد رؤوسهم لعدد سهامهم إما لزيادة عدد الرؤوس على عدد السهام وإما لزيادة السهام على عدد الرؤوس فتصرب عدد الرؤوس في أصل المسألة فما خرج صحت منه المسألة.

مثاله: أم وثلاثة إخوة أصلها من ستة للأم السدس سهم والباقي وهو خمسة أسهم بين الإخوة الثلاثة لا ينقسم عليهم ولا توافق عددهم فاضرب عدد رؤوسهم وهو ثلاثة في أصل المسألة وهو ستة تكن ثمانية عشر فتصح منها فهذا قسم ثان.

والثالث: أن لا تنقسم سهامهم على عددهم ولكن يوافق عدد سهامهم لعدد رؤوسهم والموافقة أن يناسب أحد الفردين الآخر يجزء صحيح من نصف أو ثلث أو ربع أو خمس أو سدس أو سبع أو ثمن أو غير ذلك من الأجزاء الصحيحة على ما سنذكره من الطريق إلى معرفتك لما يوافق به أحد العددين الآخر فرد عدد الرؤوس إلى ما يوافق به عدد سهامها من نصف أو ثلث أو ربع ثم تضرب وفق عددها في أصل المسألة وعولها إن عالت فتصح منه ويجعل من كان له شيء من أصل المسألة مضروباً في وفق العدد الذي ضربته في أصل المسألة.

مثاله: زوج وستة بين أصلها من أربعة للزوج منها الربع سهم والباقي ثلاثة على ستة لا ينقسم ولكن الستة توافق الثلاثة بالأثلاث، لأن لكل واحد منهما ثلث صحيح فترد الستة إلى وفقها وهو اثنان ثم تضرب الاثنين في أصل المسألة وهو أربعة تكن ثمانية ومنه تصح فهذا إذا كانت السهام المنكسرة على جنس واحد فأما إذا انكسرت السهام على أجناس مختلفة فأكثر ما تنكسر على أربعة أجناس فإن كان المنكسر على جنسين فلا يخلو عدد الجنسين اللذين قد انكسر عليهما سهامهما من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون كل واحد منهما مساوياً للآخر.

والثاني: أن لا يساويه ولكن يدخل فيه.

والثالث: أن لا يساويه ولا يدخل فيه ولكن يوافقه.

والرابع: أن لا يساويه ولا يدخل فيه ولا يوافقه.

فأما الأول: وهو أن يكون أحد العددين مساوياً للآخر فتقتصر على أحد العددين وتضربه في أصل المسألة وعولها فتصح منه وينوب أحد العددين عن الآخر.

مثاله: أم وخمس أخوات لأب وأم وخمس أخوات لأم أصلها من ستة وتعول إلى سبعة للأم السدس سهم وللخمس الأخوات من الأب والأم الثلثان أربعة لا تنقسم عليهن ولأولاد الأم الثلث سهمان لا ينقسمان عليهن فاضرب أحد الجنسين في أصل المسألة وعولها وهو سبعة تكن خمسة وثلاثين ومنه تصح للأم سهم من سبعة مضروب لها في

خمسة وللأخوات من الأب والأم أربعة من سبعة مضروب لهن في خمسة يكن عشرين وللأخوات من الأم سهمان مضروبان في خمسة تكن عشرة.

والثاني: أن يكون أحد العددين لا يساوي الآخر ولكن يدخل فيه كدخول الاثنين في الأربعة والستة وكدخول الثلاثة في الستة والتسعة وكدخول العشرة في العشرين والثلاثين ومعرفتك بدخول أحدهما في الآخر يصح من أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: إما أن تقسم الأكثر على الأقل فتصح القسمة.

والثاني: إما أن تضاعف الأقل فيفنى به الأكثر.

وإما أن ينقص الأقل من الأكثر فلا يبقى شيء من الأكثر فإذا دخل أحد العددين في الآخر كان الأقل موافقاً للأكثر بجميع أجزائه كدخول الثمانية في الستة عشر توافقها بالأثمان والأربع والأنصاف وكدخول الاثني عشر في الستة والثلاثين توافقها بأجزاء اثني عشر وبالأسداس والأثلاث والأنصاف فيجعل ذلك ويقاس عدد الرؤوس وعدد السهام بأقل الأجزاء ولا يستعمل ذلك في الجنسين من رؤوس الورثة، لأن دخول أحدهما في الآخر يغنيك عن الوفق بينهما فاقتصر على ضرب العدد الأكثر في أصل المسألة وعولها إن عالت.

مثاله: زوجتان وأربعة إخوة للزوجتين الربع سهم ولا ينقسم عليهما والباقي وهو ثلاثة أسهم بين الإخوة على أربعة لا ينقسم عليهم والاثنان يدخلان في الأربعة فاضرب الأربعة التي هي عدد الإخوة في الأربعة التي هي أصل المسألة تكن ستة عشرة ومنها تصح.

والثالث: أن يكون أحد العددين لا يساوي الآخر ولا يدخل فيه ولكن يوافقه بجزء صحيح من نصف أو ثلث أو ربع ومعرفتك لما بين العددين من الموافقة يكون من وجهين:

أحدهما: من دخول أحدهما في الآخر فيصير العددان متفقين بجميع أجزاء الأقل منها غير أنك لا تستعمله في وفق ما بين الجنسين لما ذكرنا من استغنائك عنه بالاقتصار على ضرب الأكثر في الأقل.

والثاني: أن لا يدخل الأقل في الأكثر فينبغي أن تعد به الأكثر ثم تنظر به الباقي من الأكثر فتعد به الأقل، فإن عده عداً صحيحاً حتى صار داخلاً فيه والباقي من عدد الأكثر هو الوفق بين العددين، فإن كان ثلاثة كان اتفاقهما بالأثلاث وإن كان أربعة فبالأرباع وإن كان خمسة فبالأخماس مثل أن يكون أحد العددين ثمانية والآخر ثمانية وعشرين فإذا عددت الثمانية والعشرين بالثمانية بقي منها أربعة فإذا عددت الثمانية بالأربعة استوفتها ودخلت فيها فيعلم أنهما متفقان بالأرباع فإن كان بقية الأكثر لا تعد الأقل عدداً صحيحاً

يستوفيه وبقيت بقية عددت بها بقية الأكثر فإن عدتها عداً صحيحاً واستوفتها ففيه أقاويل هو وفق العددين وإن بقيت منها بقية عددت بها البقية التي قبلها تفعل ذلك أبداً بعدد كل بقية ما بقي قبلها حتى تجد عدداً يعد ما قبله ويستوفيه عدداً صحيحاً فيكون ذلك العدد هو الوفق بين العددين إلا أن يكون الباقي واحداً فرداً فيعلم به أن العددين لا يتفقان بشيء فعلى هذا لو كان أحد العددين ستة وخمسين والآخر سبعة وسبعين فيبقى بعد إسقاط الأقل من الأكثر أحد وعشرين فنعد بها الأقل يبقى أربعة عشر فنعد الأحد والعشرين بالأربعة عشر يبقى سبعة فتعد الأربعة عشر بالسبعة تعد بها وتستوفيها فيعلم أن العددين يتفقان بالأسباع ولو كان أحد العددين أحداً وعشرين والآخر خمسة وعشرين فإذا أسقطت الأحد والعشرين من الخمسة والعشرين بقيت أربعة فتعد بالأربعة الأحد والعشرين يبقى واحد فتعلم أن العددين لا يتفقان فهذا أصل فافهمه ثم عدنا إلى جواب القسم الثالث فإذا كان أحد العددين موافقاً للآخر ضربت وفق أحدهما في الآخر فإن شئت ضربت وفق الأقل في الأكثر وإن شئت ضربت وفق الأكثر في الأقل قل فهما سواء ثم ضربت ما حصل بيدك في أصل المسألة وعولها إن عالت.

مثاله: زوج وست جدات وتسع أخوات تعول إلى ثمانية للزوج النصف ثلاثة وللجدات السدس سهم على ستة لا ينقسم وللأخوات الثلثان أربعة على تسعة لا تنقسم عليها ولا توافقها وعدد الجدات وهو ست يوافق عدد الأخوات وهو تسع بالأثلاث فاضرب وفق أحدهما في الآخر فإن شئت ضربت وفق الستة وهو اثنان في التسعة تكن ثمانية عشر وإن شئت ضربت وفق التسعة وهو ثلاثة في الستة تكن ثمانية عشر ثم اضربها في أصل المسألة وعولها وهو ثمانية تكن مائة وأربعة وأربعين ومنها تصح ولو كان بين الرؤوس والسهام موافقة وبين عدد الجنسين موافقة رددت عد كل جنس إلى وفق سهامه بما وافقت بين وفق العددين ثم ضربت ما حصل من وفق أحدهما في الآخر ثم ما اجتمع في أصل المسألة مثاله: أم وستة عشر أختاً لأب وأم واثنتا عشرة أختاً لأم تعول إلى سبعة للأم منها السدس سهم وللأخوات الثلثان أربعة على ستة عشر لا تنقسم ولكن توافق بالأرباع ترد الأخوات إلى الأربعة وللأخوات من الأم الثلث سهمان على اثني عشر لا تنقسم ولكن توافق بالإنصاف إلى ستة ثم أربعة توافق الستة بالإنصاف فاضرب نصف أحدهما في الآخر تكن اثني عشر ثم اضرب ذلك في أصل المسألة وعولها وهو سبعة تكن أربعة وثمانين ثم تضرب كل من له شيء من سبعة في اثني عشر فيكون للأم اثنا عشر وللأخوات من الأب والأم ثمانية وأربعون على ستة عشر ينقسم لكل واحدة منهن ثلاثة أسهم للأخوات من الأم أربعة وعشرون على اثني عشر ينقسم لكل واحدة سهمان.

والرابع: أن يكون أحد العددين لا يساوي الآخر ولا يدخل فيه ولا يوافقه فتضرب أحدهما في الآخر ثم ما اجتمع في أصل المسألة وعولها إن عالت مثاله: زوج وخمس

بنات وثلاث أخوات أصلها من اثني عشر للزوج الربع ثلاثة وللبنات الثلثان ثمانية على خمسة لا تنقسم ولا توافق وللأخوات ما بقي وهو سهم على ثلاثة فاضرب خمسة هي عدد البنات في ثلاثة لأنهما لا يتفقان يكن خمسة عشرة ثم اضرب الخمسة عشر في اثني عشر هي أصل المسألة يكن مائة وثمانين فإذا أردت أن تعرف ما لكل واحد من الجنس ضربت سهام ذلك الجنس في عدد رؤوس الجنس الآخر فما خرج فهو مال كل واحد.

مثاله: إذا أردت في هذه المسألة أن تعرف ما لكل بنت ضربت عدد سهام البنات وهي ثمانية في رؤوس الأخوات وهي ثلاثة تكن أربعة وعشرين فيكون هو القدر الذي تستحقه كل بنت وهن خمس فيكون لهن مائة وعشرون سهماً وإذا أردت أن تعرف ما لكل أخت ضربت عدد سهامهم وهو واحد في عدد رؤوس البنات وهو خمسة تكن خمسة فيكون هذا القدر الذي تستحقه كل أخت وهن ثلاثة فيكون لهن خمسة عشر فهذا حكم الجنسين إذا كان الحيز من كل جنس لا ينقسم عليهم سهامهم فإذا كان ثلاثة أجناس وكان كل جنس لا تنقسم عليهم سهامهم فإن كان عدد كل جنس مساوياً لعدد الجنس الآخر اقتصرت على ضرب أحد الأعداد في أصل المسألة فما خرج فمنه تصح المسألة.

مثاله: ثلاث جدات وثلاث بنات وثلاث أخوات فتضرب ثلاثة في أصل المسألة وهو ستة تكن ثمانية عشر ومنها تصح وإن كان بعض الأعداد يدخل في بعض اقتصرت على ضرب الأكثر في أصل المسألة.

مثاله: زوجتان وست أخوات لأب وأم واثنتا عشر أختاً لأب فيكون عدد الزوجتين داخلاً في عدد الإخوة، لأن الاثنين يدخلان في الستة وفي الاثني عشر والستة تدخل في الاثني عشر فاضرب عدد الإخوة وهو اثنا عشر في أصل المسألة وهو اثنا عشر تكن مائة وأربعة وأربعين ومنه تصح، فإن كان بعض الرؤوس كل يوافق بعضاً وقفت أحدهما ثم رددت إليه من رؤوس كل واحد من الجنسين ثم ضربت أحد الوفقين في الآخر ثم ضربت ما اجتمع في عدد الجنس الموقوف فما اجتمع ضربته في أصل المسألة.

ومثاله: أحد وعشرون جدة وخمس وثلاثون بنتاً وثلاثون أختاً لأب أصلها من ستة سهام الجميع لا ينقسم عليهن ولا يوافقهن، لأن للجدات سهماً على أحد وعشرين وللبنات أربعة أسهم على خمسة وثلاثين وللأخوات الباقي وهو سهم على ثلاثين لكن أعداد الرؤوس يوافق بعضها بعضاً فإن وقفت عدد الجدات وهو أحد وعشرون كان عدد البنات وهو خمس وثلاثون موافقاً له بالأسباع فيردها إلى خمسة وعدد الأخوات وهو ثلاثون موافقاً له بالأثلاث فيرده إلى عشرة والخمسة التي خرجت من وفق البنات داخلة في العشرة التي رجعت من وفق الأخوات فاضرب العشرة في الواحد والعشرين تكن مائتين وعشرة ثم في أصل المسألة وهو ستة تكن ألفاً ومائتين وستين فمن له شيء من ستة أخذه مضروباً له في مائتين وعشرة وإن وقفت عدد البنات وهو خمسة وثلاثون وافقها عدد

الأخوات وهو ثلاثون بالأخماس إلى ستة ووافقها عدد الجدات وهو أحد وعشرون بالأسباع إلى ثلاثة والثلاثة الراجعة من فوق الجدات تدخل في الستة فاضرب ستة في خمسة وثلاثين تكن مائتين وعشرة ثم في ستة هي أصل المسألة تكن ألفاً ومائتين وستين فإن وفقت عدد الأخوات وهي ثلاثون وافقها عدد الجدات وهو أحد وعشرون بالأثلاث إلى سبعة ووافقها عدد البنات وهو خمسة وثلاثون بالأخماس إلى سبعة وإحدى السبعتين تنوب عن الأخرى فاضرب إحداهما في ثلاثين تكن مائتين وعشرة ثم في ستة هي أصل المسألة تكن ألفاً ومائتين وستين فإذا أردت معرفة ما لكل جنس ضربت عدد سهامه في مائتين وعشرة وإذا أردت أن تعرف ما لكل واحد من كل جنس ضربت سهمه فيما عاد من وفق الجنس المضروب في عدد جنسه فما خرج فهو سهم كل واحد فعلى هذا يكون لكل جدة عشرة؛ لأن سهم الجدات واحد وما رجع من وفق عدد الجنسين المضروب في عددهن عشرة فلكل بنت أربعة وعشرون، لأن سهام البنات أربعة وما رجع من وفق عدد الجنسين المضروب في عددهن ستة وإذا ضربت الأربعة في الستة كان أربعة وعشرين فلكل أخت سبعة، لأن سهم الأخوات واحد وما رجع من وفق عدد الجنسين المضروب في عددهن سبعة فصار سهم كل واحدة منهن سبعة ولو اتفقت الرؤوس مع السهام رد.ت الرؤوس إلى وفق سهامها ثم وافقت بين وفق الرؤوس بعضاً لبعض ثم ضربت وفق بعضها في بعض فما اجتمع ضربته في أصل المسألة وعولها.

مثاله: اثنا عشر جدة واثنتان وثلاثون أختاً لأب وعشرون أختاً لأم تعول بسدسها إلى سبعة للجدات سهم على اثنتي عشرة منكسر وللأخوات للأب أربعة على اثنتين وثلاثين يوافق بالأرباع إلى ثمانية وللأخوة للأم سهمان على عشرين يوافقه بالأنصاف إلى عشرة فإن وفقت عدد الجدات وهو اثنا عشر كان وفق الأخوات للأب وهو ثمانية موافقاً لها بالأرباع إلى اثنين وكان وفق الإخوة للأم وهو عشرة يوافقها بالأنصاف إلى خمسة فاضرب اثنتين في خمسة تكن عشرة ثم اضرب العشرة في اثني عشر تكن مائة وعشرين ثم في أصل المسألة وعولها وهو سبعة تكن ثماني مائة وأربعين ومنه تصح وإن وافقت وفق الأخوات للأب وهو ثمانية وافقها عدد الجدات وهو اثنا عشر بالأرباع إلى ثلاثة ووافقها وفق الإخوة من الأم وهو عشرة بالأنصاف إلى خمسة فاضرب ثلاثة في خمسة تكن خمسة عشر ثم في ثمانية وفق الأخوات تكن مائة وعشرين ثم في سبعة هي أصل المسألة وعولها تكن ثمان مائة وأربعين وإن وافقت وفق الإخوة من الأم وهو عشرة وافقها عدد الجدات وهو اثنا عشر بالأنصاف إلى ستة ووافقها وفق الأخوات وهو ثمانية بالأنصاف إلى أربعة والأربعة توافق لستة بالأنصاف فاضرب نصف أحدهما في الآخر تكن اثنا عشر ثم في عشرة وهي الموافقة من وفق الإخوة تكن مائة وعشرين في سبعة هي أصل المسألة وعولها تكن ثمان مائة وأربعين ومتى وفقت أحد الأعداد فصحت المسألة من عدد ثم وقفت غير

ذلك العدد فصحت من عدد آخر فالعمل خطأ حتى يصح العملان من عدد واحد فإذا أردت في هذه المسألة أن تعرف ما لكل واحدة من الجدات فاضرب سهم الجدات وهو واحد فيما ضربته من وفق الجنسين لوفق لعددهن حين وفقته وهو عشرة تكن عشرة وهو ما تستحقه كل واحدة وإن أردت أن تعرف ما لكل أخت ضربت وفق سهامهن لرؤوسهن وهو واحد ،لأنهما اتفقا بالأرباع فيما ضربته من وفق الجنسين بوفق عددهن حين وقفته وهو خمسة عشر يكن خمسة عشر وهو ما تستحقه كل أخت وإن أردت أن تعرف ما لكل أخ ضربت وفق سهامهم لرؤوسهم وهو واحد، لأنهما اتفقا بالأنصاف فيما ضربته من وفق الجنسين لوفق عددهم وهو اثنا عشر تكن اثنا عشر وهو ما يستحقه كل أخ، فهذا أصل قد أوضحت لك فيه ما يسهل العمل عليه إن شاء الله.

فصل: في المناسخات

وإنما قيل مناسخة؛ لأن الميت الثاني لما مات قبل القسمة كان موته ناسخاً لما صحت منه مسألة الميت الأول فإذا مات ميت فلم يقسم ورثته تركته حتى مات أحدهم وخلف ورثة فلا يخلو حال ورثته من أن يكونوا شركاء في الميراث أو غير شركائه فيه فإن كانوا غير شركائه فيه عملت مسألة الميت الأول ونظرت سهام الميت الثاني منها ثم عملت مسألة الميت الثاني وقسمتها على سهامه فستجدها لا تخلو من ثلاثة أقسام:

إما أن تقسم عليها أو توافقهما أو لا تقسم عيلها ولا توافقهما فإن انقسمت عليها صحت المسألتان بما صحت منه المسألة الأولى.

مثاله: زوج وثلاث أخوات متفرقات لم تقسم التركة بينهم حتى ماتت الأخت للأب والأم وخلفت ابناً وبنتاً فمسألة الميت الأول من ثمانية أسهم لهولها بثلثها للأخت للأب والأم منها ثلاثة أسهم بين ابنها وبنتها على ثلاثة فتقسم فصحت المسألتان من ثمانية فإن كانت مسألة الميت الثاني لا تنقسم على سهامه ولكن توافقها وافقت بينهما ثم ضربت وفق مسألته في سهام المسألة الأولى فما اجتمع صحت منه المسألتان فمن كان له شيء من المسألة الأولى ضربته في وفق الثانية لسهامها ومن له شيء من المسألة الثانية ضربته فيما رجع من وفق سهامها مثاله ابنان وبنتان مات أحد الابنين وخلف زوجة وبنتاً وثلاثة بني ابن فالمسألة الأولى من ستة لكل ابن سهمان ولكل ميت سهم ومسألة الابن من ثمانية توافق سهميه بالأنصاف إلى أربعة فاضربها في سهام المسألة الأولى وهي ستة تكن أربعة وعشرين ومنها تصح المسألتان فمن كان له من المسألة الأولى شيء ضربته له في أربعة هي الراجعة من دفعه المسألة الثانية لسهام ميتها ومن له شيء من المسألة الثانية ضربته في واحد هو الراجع من وفق سهم الميت الثاني لسهام مسألته وإن كانت مسألة الميت الثاني لا تنقسم على سهامه ولا توافقها ضربت سهام المسألة الثانية في سهام المسألة الأولى فما اجتمع صحت منه المسألتان فمن كان له شيء من المسألة الأولى ضربته له في سهام

المسألة الثانية ومن كان له شيء من المسألة الثانية ضربته له في سهام الميت الثاني من المسألة الأولى.

مثاله: زوجة، وبنت، وأخت، ماتت الأخت وخلفت زوجاً، وبنتاً، وعماً، المسألة الأولى من ثمانية، ماتت الأخت عن ثلاثة أسهم منها ومثلها من أربعة لا تنقسم عليها ولا توافقها، فاضربها في سهام المسألة الأولى تكن اثنين وثلاثين ومنها تصح المسألتان، فمن كان له شيء من المسألة الأولى ضربته له في أربعة هي سهام المسألة الثانية، ومن كان له شيء من المسألة الثانية ضربته له في ثلاثة هي سهام الميت الثاني من المسألة الأولى، وهكذا لو مات ثالث قسمت مسألته على سهامه، فإن انقسمت صحت المسألة الثانية مما صحت منه المسألتان، وإن لم تنقسم ووافقت ضربت وفقها في سهام المسألتين ثم ما اجتمع صحت منه المسائل الثلاث، وإن لم توافق ضربت سهامها في سهام المسألتين فما اجتمع صحت منه المسائل الثلاث، ثم هكذا لو مات رابع وخامس، فأما إن كان ورثة الميت الثاني هم شركاء في التركة فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكونوا عصبة ليس فيهم ذو فرض فتجعل التركة مقسومة على سهام والباقين ولا تعمل مسألة الثاني، وهكذا لو مات ثالث ورابع.

ومثاله: أربعة بنين، وأربع بنات، مات أحد البنين وخلف إخوته، وأخواته، كانت المسألة الأولى بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين من اثني عشر سهماً ثم مات أحد البنين عن سهمين فعاد سهماه للذكر مثل حظ الأنثيين على عشرة أسهم فصار المال كله بينهم على عشرة أسهم، فإن ماتت بنت عن سهم من عشرة وخلفت إخوتها الباقين صار سهمها بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين على تسعة فصار المال كله بينهم على تسعة أسهم، فإن مات ابن آخر عن سهمين من تسعة صار المال كله بينهم على سبعة، وإن ماتت بنت أخرى عن سهم من سبعة صار المال كله بينهم على ستة، فإن مات بعد ذلك ابن آخر عن سهمين من ستة صار المال مقسوماً بينهم على أربعة، وهكذا أبداً حتى إن لم يبق إلا ابن وبنت صار المال بينهما على ثلاثة للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن المال صار إليهما من الجماعة على وجه واحد فكأن الذين ماتوا لم يكونوا، وإن كان فيهم ذو فرض: فإن كان فرض ذي الفرض من الميت الأول لفرضه من الميت الثاني كالأم والجدة إذا ورث كل واحد منهما السدس بأنها أم أو جدة: فالجواب كذلك، وإن كان الفرض من الميت الأول مخالفاً للفرض من الميت الثاني كالزوجة ترث من الأول بأنها زوجة وترث من الثاني إذا كان ابناً بأنها أم فإنك تعطيها فرضها من التركتين ثم تقسم الباقي بين العصبة إذا كانوا للأول بنين وبنات وللثاني إخوة وأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن سبيل ميراثهم من التركتين واحد وربما كانت مسائل المناسخات بعد التصحيح ترجع بالاختصار إلى أقل من عددها الموافق بعض السهام لبعض فسقطت وفقها من نصف أو ثلث أو ربع فترد سهام المسائل كلها إلى ذلك الوفق وترد سهام كل واحد من الورثة إلى مثله، فإن كان الوفق نصفاً رددت

الجميع إلى النصف، وإن كان ثلثاً رددت الجميع إلى الثلث وبالله التوفيق.

فصل: في قسمة التركات

وإذا أردت قسمة التركة لم تخل حالها من أحد أمرين إما أن تكون مما يكال أو يوزن كالدراهم والدنانير والبر والشعير، وإما أن تكون مما لا يكال ولا يوزن كالعقار والضياع، فإن كانت التركة دراهم أو دنانير أو ما قوم بالدراهم والدنانير نظرت مبلغ التركة وسهام الفريضة ولك في قسمتها عليها أربعة أوجه.

أحدها: أن تقسم عدد التركة على سهام الفريضة مما خرج لكل سهم ضربته في سهام كل وارث فيكون ذلك مبلغ حقه منها.

مثاله: زوج، وأبوان، وبنتان، والتركة خمسون ديناراً فالفريضة تصح مع عولها بالربع من خمسة عشر سهماً، فتقسم الخمسين عليها يخرج لكل منهم سهم من سهامها ثلاثة وثلث، فتضرب سهام كل وارث في ثلاثة وثلث فللزوج ثلاثة أسهم في ثلاثة وثلث تكن عشرة، وهو حقه من التركة، ولكل واحد من الأبوين سهمان في ثلاثة وثلث تكن ستة وثلاثين، وهو حق كل واحد منهما فهذا وجه.

والثاني: أن تضرب سهام كل وارث في عدد التركة فما اجتمع قسمته على سهام الفريضة فما خرج بالقسم فهو نصيبه، مثاله في هذه المسألة: أن تأخذ سهام الزوج وهي ثلاثة فتضربها في عدد التركة وهو خمسون تكن مائة وخمسين، ثم تقسمها على سهام الفريضة وهي خمسة عشر تكن عشرة، وهي حق الزوج، ثم تضرب سهام كل واحد من الأبوين وهي سهمان في الخمسين تكن مائة، ثم تقسمها على الخمسة عشر تكن ستة وثلاثين، ثم تضرب سهام كل بنت وهي أربعة في الخمسين تكن مائتين، ثم تقسمها على الخمسة عشر يكن ثلاثة عشر وثلثاً فهذا وجه ثان.

والثالث: أن تنسب سهام كل وارث من عدد سهام الفريضة فما خرج بالنسبة جعلته من عدد التركة.

مثاله في هذه المسألة: أن تنسب سهام الزوج من سهام الفريضة وهي ثلاثة من خمسة عشر تكن خمسها، فاعطه به خمس التركة وهو عشرة، ولكل واحد من الأبوين سهمان هما ثلثا خمسها فتعطيه ثلثي خمس التركة وهو ستة وثلثان، ولكل بنت أربعة هي خمس وثلث وخمس فتعطيها خمس التركة وثلث خمسها تكن ثلاثة عشر وثلثاً، فهذا وجه ثالث.

والرابع: أن توافق بين سهام الفريضة وعدد التركة ثم تضرب سهام كل وارث في وفق التركة، ويقسم ما اجتمع على وفق الفريضة فما خرج فهو حقه.

مثاله في هذه المسألة: أن سهام هذه الفريضة فيها وهي خمسة عشر توافق عدد

التركة التي هي خمسون بالأخماس فاردد كل واحد منهما إلى وفقه تجد الخمسين ترجع بالأخماس إلى عشرة، والخمسة عشر إلى ثلاثة، فإذا أردت أن تقسم للزوج فاضرب عدد سهامه وهي ثلاثة في وفق التركة وهو عشرة تكن ثلاثين، ثم اقسم الثلاثين على وفق الفريضة وهو ثلاثة يكن الخارج بالقسم عشرة وهو حق الزوج، ولكل واحد من الأبوين سهمان تضرب في وفق التركة وهي عشرة تكن عشرين، ثم يقسم على وفق الفريضة وهو ثلاثة تكن ستة وثلاثين وهو حق كل واحد من الأبوين، ولكل بنت أربعة تضرب في وفق التركة وهو عشرة تكن أربعين ثم تقسم كل وفق الفريضة وهو ثلاثة تكن ثلاثة عشر وثلثاً، وهو حق كل بنت فهذا وجه رابع، وقد لا تجتمع هذه الأوجه الأربعة في كل تركة؛ لأنه قد لا توافق سهام الفريضة لعدد التركة فيسقط الوجه الرابع، وقد لا تتناسب سهام كل وارث لسهام الفريضة فيسقط الوجه الثالث.

وأما الوجهان الأولان فيمكن العمل بهما في كل تركة، فأما إن كانت التركة عقاراً أو ضياعاً فلك في قسمة ذلك أحد وجهين إما أن تجعله بين الورثة على سهام الفريضة فتستغني عن ضرب وقسم وهذا أولى الوجهين فيما قلت سهام الفريضة فيه، وإما أن تجري السهام على أجزاء الدراهم وذلك أولى من أجزاء الدنانير لاتفاق الناس على قراريطه وحباته، فتقسم سهام الفريضة على دوانيق الدرهم وهي ستة، ثم على قراريطه وهي أربعة وعشرون، ثم على حباته وهي ثمانية وأربعون، ثم على أجزاء حباته بما تجزأت وهذا أولى الوجهين فيما كثرت سهام الفريضة فيه عند المناسخات فإذا كانت الفريضة ألفاً ومائتي سهم كان النصف ست مائة سهم، والثلث أربع مائة سهم، والربع ثلاثمائة سهم والسدس مائتي سهم، ونصف السدس مائة سهم والقيراط خمسون سهماً، والحبة خمسة وعشرون سهماً؛ لأن قيراط الدرهم حبتان ثم تتجزأ الخمسة والعشرون على الحبة فالواحد خمس خمسها ثم تتضاعف إلى أن تستكملها، فإذا عرفت ذلك نظرت إلى سهام الواحد من الورثة وقسطها من أجزاء الدرهم فأوجبته له وبالله التوفيق.

باب ميراث المرتد

قَالَ[(١)]: «وَمِيرَاثُ الْمُرْتَدِّ لِبَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ وَلَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ فِي الْمُرْتَدِّ بِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ». وَاحْتَجَّ عَلَى مَنْ وَرَّثَ وَرَثَتَهُ الْمُسْلِمِينَ مَالَهُ وَلَمْ يُورِّثْهُ مِنْهُمْ فَقَالَ: هَلْ رَأَيْتَ أَحَداً لَا يَرِثُ وَلَدَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَاتِلاً وَيَرِثُهُ وَلَدُهُ وَإِنَّمَا أَثْبَتَ اللَّهُ الْمَوَارِيثَ لِلأَبْنَاءِ مِنَ الآبَاءِ حَيْثُ أَثْبَتَ الْمَوَارِيثَ لِلآبَاءِ مِنَ الأَبْنَاءِ.

قال في الحاوي: وهذا كما قال: لا اختلاف بينهم أن المرتد لا يرث، واختلفوا

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٥٠).

هل يورث أم لا على ستة مذاهب.

أحدها: وهو مذهب الشافعي أن المرتد لا يورث ويكون جميع ماله فيئاً لبيت مال المسلمين، وسواء الزنديق وغيره، وبه قال ابن أبي ليلى وأبي ثور وأحمد بن حنبل.

والثاني: وهو مذهب مالك أن مال المرتد يكون فيئاً في بيت مال المسلمين إلا الزنديق فإنه يكون لورثته المسلمين، أو يقصد بردته ازواء ورثته في مرض موته فيكون ماله ميراثاً لهم.

والثالث: وهو مذهب أبي يوسف ومحمد أن جميع ماله الذي كسبه في إسلامه وبعد ردته يكون موروثاً لورثته المسلمين، وهو قول علي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود، وسعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، والحسن، وعطاء.

والرابع: وهو مذهب أبي حنيفة أن ما كسبه قبل ردته يكون لورثته المسلمين وما كسبه بعد ردته يكون فيئاً لبيت المال إلا أن يكون المرتد امرأة فيكون جميعه موروثاً، وبه قال سفيان الثوري، وزفر بن الهذيل.

والخامس: وهو مذهب داود بن علي أن ماله لورثته الذين ارتد إليهم دون ورثته المسلمين.

والسادس: وهو مذهب علقمة وقتادة وسعيد بن أبي عروبة وأن ماله ينتقل إلى أهل الدين الذين ارتد إليهم. واستدل من جعله ماله موروثاً على اختلاف مذاهبهم بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥] بما روي أن علي بن أبي طالب عليه السلام أتى بالمستورد العجلي وقد ارتد فعرض عليه الإسلام فأبى أن يسلم فضرب عنقه وجعل ميراثه لورثته من المسلمين[١]؛ وبما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال: بعثني أبو بكر رضي الله عنه عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين، قالوا: ولأن كل من لا يرثه وارثه المشرك ورثه وارثه المسلم كالمسلم طرداً وكالمشرك عكساً، قالوا: ولأنه مال كسبه مسلم فلم يجز أن يكون فيئاً كمال المسلمين، قالوا: ولأنه مال كسبه في حال حقن دمه فلم يصر فيئاً بإباحة دمه كمال القاتل والزاني المحصن، قالوا: ولأن ورثته من المسلمين قد ساووا بإسلامهم جميع المسلمين وفضلوهم بالرحم والتعصيب فوجب أن يكونوا أولى منهم لقوة شبههم، واستدل من جعل ماله لأهل الدين الذي ارتد إليه بقوله تعالى: ﴿وَمَن يَتَوَلَّهُم مِّنكُمْ فَإِنَّهُۥ مِنْهُمْ﴾ [المائدة: ٥١].

والدليل على أن المرتد لا يورث ويكون ماله فيئاً رواية أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»[٢] فإن منعوا من إطلاق اسم الكفر على

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٤٦١، ١٢٤٦٢).

(٢) تقدم تخريجه.

المرتد للفاعلية بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ثُمَّ كَفَرُواْ﴾ [النِّسَاء: ١٣٧] وقوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث كفر بعد إيمان»[(١)]. وروى معاوية بن قرة عن أبيه أن النبي ﷺ بعث أباه جد معاوية إلى رجل عرس بامرأة أبيه فأمرني بضرب عنقه وخمس ماله فجعله النبي ﷺ باستحلال ما نص الله تعالى على تحريمه مرتداً، وجعل ماله بتخميسه إياه فيئاً[(٢)]، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «أيما قرية عصت الله ورسوله فإن خمسها للّه وللرسول ثم هي لكم»[(٣)] وإنما أشار إلى من حدث عصيانها بالكفر بعد تقدم طاعتها بالإيمان؛ لأن حكم من لم يزل كافراً مستفاد بنص الكتاب، ولأن كل من لم يرث بحال لم يورث كالكاتب؛ ولأنه كل من لم يورث عنه ما ملكه في إباحة دمه لم يورث عنه ما ملك في حقن دمه كالذمي طرداً والقاتل عسكاً، ولأن كل مال ملكه بعوده إلى الإسلام لم يورث عنه بقتله على الردة قياساً على ما كسبه بعد الردة، فأما الجواب عن الآية فإنه قال: ﴿بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفَال: ٧٥] فلما لم يكن المرتد أولى بالمسلم يقطع الموالاة بالردة لم يصر المسلم أولى بالمرتد لهذا المعنى، وأما دفع علي رضوان الله عليه مال المستورد إلى ورثته إنما كان لما رأى المصلحة باجتهاده وهو إمام يملك التصرف في أموال بيت المال برأيه فيجوز أن يكون ذلك تمليكاً منه ابتداء عطية لا على جهة الإرث.

وأما توريث زيد بن ثابت بأمر أبي بكر الصديق رضوان الله عليه ودفع أموال المرتدين إلى ورثتهم: فيجوز أن يكون على مثل ما فعله علي عليه السلام في مال المستورد على طريق المصلحة، أو يحمل على المرتدين عن بدل الزكاة حين لم يحكم بكفرهم بالمتع لتأويلهم ومقامهم على الإسلام واشتباه الأمر قبل الإجماع.

وأما قياسهم على المسلم بعلة أنه لا يرثه المشرك: فمنتقض بالمكاتب، ثم المعنى في المسلم بقاء الولاية بينه وبين المسلمين.

وأما قياسهم على القاتل فهو دليلنا؛ لأنه لما كان ما ملك في إباحة دمه موروثاً كان ما ملك في حقن دمه موروثاً، ولما كان المرتد لا يورث عنه ما ملك في إباحة دمه لم يورث عنه ما ملك في حقن دمه وأما استدلالهم بأن ورثته من المسلمين قد جمعوا الإسلام والقرابة فكانوا أولى من بيت المال المنفرد بالإسلام ففاسد بالذمي لا يرثه المسلم وإن كان بيت المال أولى بماله ثم ليس يصير مال المرتد إلى بيت المال ميراثاً فيجعل ورثته أولى وإنما يصير إليه فيئاً كما أنهم يجعلون ما كسبه بعد الردة فيئاً ولا يجعلون ورثته أولى به.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه بنحوه البيهقي في «الكبرى» (١٢٤٥٩).

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٣١٧)، وأبو داود (٣٠٣٦).

فصل: فإذا ثبت أن ماله يصير فيئاً غير موروث فهو مقر على ملكه ما لم يمت أو يقتل سواء أقام في دار الإسلام أو لحق بدار الحرب وقال أبو حنيفة: إذا لحق المرتد بدار الحرب قسم الحاكم ماله بين ورثته المسلمين وأعتق أمهات أولاده ومدبريه وقضى بحلول ديونه المؤجلة فإن رجع مسلماً رجع بما وجد من أعيان ماله على ورثته ولم يرجع بما استملكوه ولا يرجع في عتق أمهات أولاده ومدبريه استدلالاً بما روي عن عمر بن عبد العزيز: «أنه كتب إليه في أسير تنصّر في أرض الروم فكتب إن جاء بذلك الثبت فاقسم ماله بين ورثته»؛ ولأنه بالردة قد صار غيره أملك بالتصرف في ماله فجرى مجرى الموت؛ ولأن ما أوجب زوال الملك أوجب انتقاله كالموت.

ودليلنا هو أن كل من جرت عليه أحكام الحياة في غير الأموال قياساً جرت عليه أحكام الحياة في الأموال قياساً على غير المرتد، ولأن المرتد لا يخلو أن يكون معتبراً بحال المسلم أو بحال المشرك وليس يحكم بموت واحد منهما في حياته وكذلك المرتد ولأن الله تعالى جعل الميت موروثاً والحي وارثاً فلو جاز أن يصير الحي موروثاً لجاز أن يصير الميت وارثاً، ولأن كل ما أوجب إباحة الدم لم يحكم فيه بالموت مع بقاء الحياة كالقتل ولأن حدوث الردة لا توجب أحكام الموت كالمقيم في دار الإسلام ودخول دار الحرب لا يوجب ذلك كالمسافر إليها فأما الأثر المحكي عن عمر بن عبد العزيز فليس فيه أنه كان مسلماً فتنصر ولو كان ذلك لجاز أن يكون قسمة بينهم ليتولوا حفظه إلى أن يتبين أمره على أنه مذهب له وليس يلزمنا قبوله. وأما الجواب على انتقال ملكه وتصرف غيره فيه مع أن في انتقال ملكه اختلاف وليس هذا موضع ذكره ثم ليس انتقال الملك بموجب لحكم الموت، لأن مال الحي قد تنقل بأسباب غير الموت.

فصل:

قَالَ[1] الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «قَدْ زَعَمَ الشَّافِعِيُّ أَنَّ نِصْفَ العَبْدِ إِذَا كَانَ حُرًّا يَرِثُهُ أَبُوهُ إِذَا مَاتَ وَلَا يَرِثُ هَذَا النِّصْفَ مِنْ أَبِيهِ إِذَا مَاتَ أَبُوهُ فَلَمْ يُوَرِّثْهُ مِنْ حَيْثُ وَرِثَ مِنْهُ وَالقِيَاسُ عَلَى قَوْلِهِ أَنَّهُ يَرِثُ مِنْ حَيْثُ يُورثُ».

قال في الحاوي: وهذا اعتراض من المزني على الشافعي في تعليله إبطال ميراث المرتد بأن الله تعالى أثبت المواريث للأبناء من الآباء حيث أثبت المواريث للآباء من الأبناء فأبطل المزني هذا التعليل عليه بالعبد إذا كان نصفه حراً أنه يورث عنده بنصفه الحر ولا يرث هو بنصفه الحر فجعل ذلك إبطالاً لتعليله واحتجاجاً لنفسه في أنه يرث بقدر حريته كما يورث بقدر حريته. والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: رد لاعتراضه.

---

(١) انظر هامش الأم (٣/ ١٥٠).

والثاني: فساد استدلاله، فأما رد اعتراضه فمن وجهين:

أحدهما: أن في ميراث المعتق نصفه قولان أصحهما لا يورث كما لا يرث فعلى هذا يسلم الاستدلال ويسقط الاعتراض.

والثاني: أن تعليل الشافعي كلما توجه إلى السبب الذي يشترك فيه الوارث والموروث إذا منع من أن يكون وارثاً منع من أن يكون موروثاً كالكفر والردة، لأن المعنى في قطع التوارث به قطع الموالاة بينهما وهذا معنى يشترك فيه الوارث والموروث.

فأما المعنى الذي يختص به الموروث وحده فلا ألا ترى أن القاتل لا يرث وهو يورث، لأن المعنى الذي منعه من الميراث به وغير متعد إلى وارثه وهكذا الذي نصفه حر قد اختص بالمعنى المانع دون وارثه فجاز أن يكون موروثاً ولم يجز أن يكون وارثاً.

وأما فساد استدلاله في أنه يجب أن يرث بقدر حريته كما يورث بقدر حريته فهو أن الكمال يجب أن يكون مراعاً في الوارث دون الموروث فلذلك جعلناه موروثاً، لأن وارثه كامل ولم نجعله وارثاً، لأنه ليس بكامل والله أعلم بالصواب.

مسألة(1):

وَقَالَ فِي المَرْأَةِ إِذَا طَلَّقَهَا زَوْجُهَا ثَلَاثاً مَرِيضاً فِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا تَرِثُهُ وَالآخَرُ لَا تَرِثُهُ وَالَّذِي يَلْزَمُهُ أَنْ لَا يُوَرِّثُهَا لأَنَّهُ لَا يَرِثُهَا بِإِجْمَاعٍ لانْقِطَاعِ النِّكَاحِ الَّذِي بِهِ يَتَوَارَثَانِ فَكَذَلِكَ لَا تَرِثُهُ كَمَا لَا يَرِثُهَا لأَنَّ النَّاسَ عِنْدَهُ يَرِثُونَ مِنْ حَيْثُ يُورَثُونَ وَلَا يَرِثُونَ مِنْ حَيْثُ لَا يُورَّثُونَ».

قال في الحاوي: وهذه المسألة أوردها المزني من جملة اعتراضه على الشافعي في ميراث المرتد وهذا الموضع يقتضي شرحها وذكر ما تفرع عليها والانفصال عن اعتراض المزني بها ما قدمناه في اعتراض بمن نصفه حر ونصفه مملوك وأصل هذه المسألة أن الطلاق على ضربين: طلاق في الصحة وطلاق في المرض فأما الطلاق في الصحة فضربان: بائن ورجعي فأما البائن فلا توارث فيه بين الزوجين سواء كان في المدخول بها أو دون الثلاث في غير المدخول بها وهذا إجماع.

وأما الرجعي فهو دون الثلاث في المدخول بها فإنهما يتوارثان في العدة فإن مات ورثته واعتدت عدة الوفاة وإن ماتت فإن كان الموت بعد انقضاء العدة ولو بطرفة عين لم يتوارثا وحكي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنها ترثه ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة وليس يخلو قولهما ذلك من أحد أمرين: إما أن يجعل الغسل من بقايا العدة فيكون ذلك مذهباً لهما في العدة دون الميراث ولا وجه له، لأن العدة استبراء وليس الغسل مما يقع به الاستبراء، وإما أن يجعلاه انقضاء العدة بانقضاء الحيض ويوجبا الميراث مع بقاء

(١) انظر هامش الأم (٣/ ١٥٠، ١٥١).

الغسل فيكون ذلك مذهباً لهما في الميراث دون العدة ولا وجه له؛ لأن انقضاء العدة يوجب انقضاء علق النكاح والميراث منها فارتفع بارتفاعها ولو جاز اعتبار ذلك لصار الميراث موقوفاً على خيارها إن شاءت تأخير الغسل فلو مات أحد الزوجين في الطلاق الرجعي ثم اختلف الباقي منهما ووارث الميت فقال وارث الميت مات بعد انقضاء العدة فلا توارث. وقال الباقي منهما: بل كان الموت قبل انقضاء العدة فلي الميراث، فالقول قول الباقي من الزوجين مع يمينه في استحقاق الميراث سواء كان هو الزوج أو الزوجة لأمرين:

أحدهما: أن الأصل استحقاق الميراث حتى يعلم سقوطه.

والثاني: أننا على يقين من بقاء العدة حتى يعلم تقضيها.

فصل: وإن كان الطلاق في المرض فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون غير مخوف فحكمه حكم الطلاق في الصحة على ما مضى.

والثاني: أن يكون مخوفاً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يتعقبه صحة فيكون حكمه حكم الطلاق في الصحة وبه قال أبو حنيفة ومالك.

وقال زفر بن الهذيل: هو طلاق في المرض يرث فيه وهذا خطأ، لأن ما يتعقبه الصحة فليس بمخوف وإنما ظن به الخوف.

والثاني: أن لا يتعقبه الصحة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الموت حادثاً عن طريق غيره كمريض غرق أو أحرق أو سقط عليه حائط أو افترسه سبع فهذا حكم الطلاق فيه كحكم الطلاق في الصحة. وبه قال أبو حنيفة وقال مالك: هو طلاق في المرض يرث فيه، وهذا خطأ؛ لأن حدوث الموت من غيره يرفع حكمه.

والثاني: أن يكون حدوث الموت منه فهو الطلاق في المرض فإن كان الطلاق رجعياً توارثاً في العدة سواء مات الزوج أو الزوجة، وإن كان الطلاق بائناً فإن ماتت الزوجة لم يرثها إجماعاً، وإن مات الزوج فقد اختلف الفقهاء في ميراثها على مذاهب شتى حكى الشافعي منها أربعة مذاهب جعلها أصحابنا أربعة أقاويل له قولان منها نصاً، وقولان منها تخريجاً.

أحدهما: لا ميراث لها منه كما لا ميراث له منها. وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب وعبد الرحمٰن بن عوف وابن الزبير رضي الله عنهم ومن التابعين ابن أبي مليكة ومن الفقهاء: المزني وداود ونص عليه الشافعي في الجديد.

والثاني: أن لها الميراث ما لم تنقض عدتها فإن انقضت فلا ميراث لها وبه قال من

الصحابة عمر وعثمان رضوان الله عليهما ومن التابعين: عروة وشريح. ومن الفقهاء: أبو حنيفة وصاحباه وسفيان الثوري وهو القول الثاني للشافعي قاله نصاً.

والثالث: أن لها الميراث ما لم تتزوج وإن انقضت عدتها، فإن تزوجت فلا ميراث لها. وبه قال من الصحابة أبي بن كعب رضي الله عنه ومن التابعين: عطاء. ومن الفقهاء: ابن أبي ليلى وجعله أصحابنا قولاً ثالثاً للشافعي تخريجاً.

والرابع: أن لها الميراث أبداً وإن تزوجت وهو قول مالك وكثير من فقهاء المدينة وجعله أصحابنا قولاً رابعاً للشافعي تخريجاً، فإذا قيل: لا ترث فدليله ما رواه بعض أصحابنا البغداديون عن الشافعي في بعض أماليه في كتاب الرجعة أن النبي ﷺ قال: «لا ترث مبتوتة»[1] وهذا الحديث إن كان ثابتاً سقط به الخلاف، ولأنها فرقة تمنع من الميراث في حال الصحة فوجب أن تمنع من الميراث في حال المرض كاللعان، ولأن كل طلاق يمنع من ميراث الزوج منع من ميراث الزوجة كالطلاق في الصحة، ولأن استحقاق الميراث فرع على ثبوت العقد، فلما ارتفع العقد بطلاق المريض كان سقوط الميراث أولى وإذا قيل: ترث، فدليله ما روي أن عبد الرحمٰن بن عوف طلق زوجته تماضر بنت الأصبغ الكلابية في مرضه ثلاثاً قال أبو سلمة بن عبد الرحمٰن ثم مات بعد تسعة أشهر فورثها عثمان بن عفان.

وروى إبراهيم التميمي أن عبد الله بن مكمل طلق امرأته وكان به الفالج فمات بعد سنة فورثها عثمان بن عفان رضي الله عنه وهاتان القضيتان من عثمان عن ارتياء واستشارة الصحابة لا سيما زوجة عبد الرحمٰن مع إشهار أمرها ومناظرة الصحابة فيها، فإن قيل: فقد روى ابن أبي مليكة عن عبد الله بن الزبير أنه قال: أما أنا فلا أرى أن تورث مبتوتة قلنا: ما ادعينا في المسألة إجماعاً فيرتفع بخلاف ابن الزبير وإنما قلنا: هو قول الأكثرين، ولأنه لما كان المريض ممنوعاً من التصرف فيما زاد على الثلث لما فيه من إضرار الوارث فكان أولى أن يكون ممنوعاً من إسقاط الوارث، ولأن التهمة في الميراث تهمتان تهمة في استحقاقه وتهمة في إسقاطه فلما كانت التهمة في استحقاقه وهي تهمة القاتل رافعة لاستحقاقه الميراث وجب أن تكون التهمة في إسقاطه بالطلاق رافعة لإسقاط الميراث.

فصل: فأما إذا أقر في مرضه الطلاق في صحته لم ترثه، وكان إقراراً في المرض لا طلاقاً، وقال أبو حنيفة ومالك: هو طلاق في المرض وترث، وهذا ليس بصحيح؛ لأن الإقرار بالعقد لا يكون عقداً، وإن صار بالإقرار لازماً فكذلك الإقرار بالطلاق لا يكون طلاقاً وإن صار بالإقرار لازماً ولو أنه حلف لا يطلقها فأقر بتقديم طلاقها لم يحنث، لأن

---

(١) لم أجده.

الإقرار ليس بطلاق فكذلك الإقرار به في المرض لا يكون طلاقاً في المرض فلو كان له زوجتان فقال في صحته إحداكما طالق ثلاثاً ثم بين المطلقة منهما في مرضه فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد عين الطلاق عند لفظه فلا ترث، لأنه مقر في المرض بطلاق وقع في الصحة.

والثاني: أن يكون قد أتم الطلاق عند لفظه ثم عينه عند بيانه ففيه وجهان بناء على اختلاف أصحابنا في المعينة بالطلاق عند البيان هل يقتضي وقوع الطلاق عليها وقت اللفظ أو وقت البيان فأحد الوجهين: أن الطلاق يقع عليها عند وقت لفظه ومنه تبتدىء بالعدة فعلى هذا لا ميراث لها؛ لأنه في وقت لفظه كان صحيحاً.

والثاني: أن الطلاق يقع عليها وقت البيان فعلى هذا ترث، لأنه عند بيانه مريض.

فرع:

فأما إذا طلقها في الصحة لصفة وجدت في المرض كقوله في صحته أنت طالق إن قدم زيد فقدم زيد والزوج مريض، أو قال: أنت طالق بعد شهر فجاء الشهر وهو مريض فلا ميراث لها على قول الشافعي وأبي حنيفة.

وقال مالك: لها الميراث، لأنه طلاق وقع في المرض وهذا غير صحيح؛ لأن التهمة عنه في هذا الطلاق مرتفعة، وإنما وجب لها الميراث للتهمة في إزوائها.

فأما إذا قال في صحته: إن دخلت أنا هذه الدار فأنت طالق ثم دخلها في مرضه كان كالطلاق في المرض في استحقاق الميراث؛ لأنه دخلها باختياره في مرضه فصار متهوماً في إزوائها عن الميراث ولكن لو وكل في صحته وكيلاً في طلاقها فلم يطلقها الوكيل حتى مرض الزوج ثم طلقها فقد اختلف أصحابنا في هذا الطلاق هل يكون حكمه حكم الطلاق في الصحة أو حكم الطلاق في المرض؟ على وجهين:

أحدهما: أنه في حكم الطلاق في الصحة، لأن عقد الوكالة كان في الصحة فصارت التهمة عنه عند عقده مرتفعة.

والثاني: أنه في حكم الطلاق في المرض، لأنه قد كان قادراً على فسخ وكالته في مرضه فصار بترك الفسخ متهوماً.

فرع:

ولو قال لها في صحته: أنت طالق في مرض موتي وقع طلاقها فيه وكان لها الميراث؛ لأنه متهوم بعقد يمينه ولو كان قال لها: إن مت من مرض فأنت طالق لم تطلق لارتفاع العقد بموته فلم يلحقها بعد ارتفاع العقد طلاق، ولو قال لها وهو في الصحة: أنت طالق في آخر أوقات صحتي المتصل بأول أسباب موتي ثم مرض ومات فلا ميراث

لها؛ لأن وقوع طلاقه كان قبل مرضه فصار طلاقاً في الصحة ألا ترى لو قال لعبده أنت حر في آخر أوقات صحتي المتصل بأول أسباب موتي كان عتقه إن مات من رأس المال دون الثلث.

فرع:

وإذا طلقها في مرضه باختيارها مثل أن يخالعها أو تسأله الطلاق فيطلقها، أو يعلق طلاقها بمشيئتها، فتشاء الطلاق فلا ميراث لها في هذه الأحوال كلها، وبه قال أبو حنيفة وقال مالك: لها الميراث إن اختارت الطلاق، لأنه طلاق في المرض، وهذا فاسد؛ لأن توريثها إنما كان لاتهامه في حرمانها وقصد الإضرار بها وهذا المعنى مرتفع باختيارها وسؤالها، فلو علق طلاقها في مرضه بصفة من صفة أفعالها ففعلت ذلك وطلقت، نظرت فإن كان ذلك الفعل مما لا بد لها منه كقوله لها: إن أكلت أو شربت فأنت طالق، فلا تجد بداً من الأكل والشرب فإذا فعلت ذلك لم يدل على اختيارها الطلاق فيكون لها الميراث، وهكذا لو قال لها: أنت طالق إن صليت الفرائض أو صمت شهر رمضان فصلت وصامت، كان لها الميراث، لأنها لا تجد بداً من الصلاة والصيام، ولكن لو قال لها: إن أكلت هذا الطعام أو لبست هذا الثوب أو كلمت هذا الرجل، أو دخلت هذه الدار أو تطوعت بصلاة أو صيام فأنت طالق ففعلت ذلك طلقت ولا ميراث لها؛ لأن لها من ذلك كله بداً فصارت مختارة لوقوع الطلاق إلا أن لا تعلم يمينه فترث، لأنها غير مختارة للطلاق.

فرع:

وإذا طلق المريض زوجته وكانت ذمية فأسلمت أو أمة فأعتقت لم يرث؛ لأنه لو مات وقت طلاقها لم ترث فصار غير متهم ولو طلقها بعد إسلامها وعتقها ورثت؛ لأنه متهم إلا أن لا يعلم بإسلامها ولا بعتقها حين طلقها فلا ترث؛ لأنه غير متهم، فلو قال لها السيد: أنت حرة غد وطلقها الزوج في يومه ورثت؛ لأنه متهم حين علم بعتقها فإن لم يعلم فلا ميراث، ولو قال لها الزوج: أنت طالق في غد فأعتقها السيد في يومه فلا ميراث لها. ولو قال لها الزوج: أنت طالق؛ لأنه غير متهم حين طلقها فلو قال لها السيد أنت حرة في غد فلما علم الزوج بذلك قال لها: أنت طالق في غد ففيه وجهان:

أحدهما: لها الميراث لاتهامه فيه.

والثاني: لا ميراث لها؛ لأن العتق والطلاق يقعان معاً في حال واحدة فلم تستحق الميراث بطلاق لم يتقدم عليه الحرية.

فرع:

وإذا طلقها في مرضه فارتدت عن الإسلام ثم عادت إليه لم ترثه وبه قال أبو حنيفة.
وقال مالك: ترثه وهذا خطأ لأمرين:

أحدهما: ما قدمناه من أن اختيارها للطلاق مانع من ميراثها وهي بالردة مختارة له.

والثاني: أنها بالردة قد صارت إلى حال لو مات لم ترثه.

فأما إذا ارتد الزوج دونها بعد طلاقه وفي مرضه فمذهب الشافعي لا ترثه وقال أبو حنيفة ومالك: ترثه، وفرق أبو حنيفة بين ردتها وردته، بأن ردتها اختيار منها للفرقة وليس ردته اختيار فيها لذلك، وهذا الفرق فاسد؛ لاستواء الردتين في إفضائها إلى حال لو مات فيها لم ترثه فاستوت ردتها في ذلك وردته، ولو ارتدت الزوجة في مرضها ثم ماتت لم يرثها الزوج.

وقال أبو حنيفة: يرثها؛ لأنها متهمة بذلك في إزوائه عن الميراث كما يتهم الزوج في الطلاق في المرض، وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: قدمناه من أن المرتد لا يورث.

والثاني: أنه لا ينسب العاقل أنه قصد بالردة إزواء وارث وضرره عليه أعظم من ضرره على الوارث وليس كالطلاق الذي لا ضرر عليه فيه.

فرع:

ولو قال لها في صحته إن لم أدفع إليك مهرك فأنت طالق ثلاثاً ثم لم يدفعه إليها حتى ماتت لم يرثها؛ لأنها قد بانت منه بالحنث ولو مات قبلها ورثته؛ لأنها مطلقة في المرض، ولو ماتت فاختلف الزوج ووارثها، فقال الزوج: قد كنت دفعت إليها مهرها في حياته فقد برئت منه، ولي الميراث، وقال وارثها: ما دفعت إليها وهو باقٍ عليك ولا ميراث لك، فالقول قول الزوج في أن لا يقع الطلاق والقول قول الوارث في بقاء المهر، فإذا حلف الزوج أنه قد دفع المهر لم يلزمه الطلاق؛ لأن الأصل أن لا طلاق، وإذا حلف الوارث حكم له بالمهر؟، لأن الأصل بقاء المهر.

فرع:

وإذا لاعن الزوج من امرأته في مرضه لم ترثه سواء كان لعانه عن قذف في الصحة أو عن قذف في المرض، وقال أبو يوسف: ترثه كالمطلقة سواء كان في قذف في الصحة أو في المرض، وقال الحسن بن زياد اللؤلؤي إن كان عن قذف في الصحة لم ترثه، وإن كان عن قذف في المرض ورثته وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أن الفرقة في اللعان تبع لنفي النسب وسقوط الحد وذاك مما يستوي فيه حال الصحة والمرض، والفرقة في الطلاق مقصودة فجاز أن يفترق حكمها في الصحة والمرض.

والثاني: أن سقوط الميراث بنفي النسب أغلظ من سقوطه بوقوع الطلاق فلما كان في نفي النسب باللعان في الصحة والمرض سواء في سقوط الميراث به وجب أن يكون

وقوع الفرقة به في الصحة والمرض سواء في سقوط الميراث.

فإن قيل: فلم لا كان نفي النسب باللعان في حال المرض مانعاً من الميراث كالطلاق في المرض لا يمنع من الميراث قيل: الفرق بينهما أنه قد يدخل عليه من ضرر اللعان ما ينفي عنه التهمة ولا يدخل عليه من ضرر الطلاق ما ينفي عنه التهمة فافترقا.

فرع:

فأما إذا آلى من زوجته في مرضه ثم طلقها فيه لأجل إيلائه ورثت كما ترث بالطلاق في غير الإيلاء بخلاف اللعان ولو كان آلى منها في الصحة ثم طلقها في المرض لم يتقدم من إيلائه في الصحة فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون طلاقه قبل مضي أربعة أشهر، ومطالبته بحكم الإيلاء من فيئه أو طلاق فهذه لا ترث؛ لأنه طلقها مختاراً فصار متهماً.

والثاني: أن يكون طلاقه بعد أربعة أشهر فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قبل مطالبة الزوجة له بالفيئة أو الطلاق فهذه ترث أيضاً؛ لأنه مختار لوقوع الطلاق فصار متهماً.

والثاني: أن يكون طلاقه بعد مطالبته بالفيئة أو الطلاق ففيها إذا ورثت المطلقة في المرض وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في المولى إذا امتنع بعد أربعة أشهر من الفيئة أو الطلاق هل يطلق الحاكم عليه جبراً أم لا؟ فأحد القولين يطلق عليه جبراً فعلى هذا لا ميراث لها؛ لأن طلاقها كان واجباً؛ لأنه لو لم يفعله لأوجبه الحاكم جبراً.

والثاني: لا يطلق عليه فعلى هذا لها الميراث؛ لأنه أوقع الطلاق مختاراً وللّه بالصواب.

فرع:

وإذا فسخ الزوج نكاح امرأته في مرضه بإحدى العيوب التي توجب فسخ نكاح لم ترثه بخلاف الطلاق، ولأن الفسخ بالعيوب مستحق على الفور، وفي تأخيره إسقاطه فلم يتهم وليس كالطلاق؛ لأن تأخيره لا يسقطه، ولو أرضعت أم الزوج امرأته الصغيرة خمس رضعات في الحولين يفسخ نكاحها ولم ترثه سواء أرضعتها بأمره أو غير أمره؛ لأن وقوع الفرقة تبع لتحريم الرضاع وثبوت المحرم وهكذا لو كان الزوج قد وطىء أم زوجته بشبهة وهو مريض بطل نكاحها ولم يرث.

فرع:

وإذا طلق المريض أربع زوجات له ثلاثاً ثلاثاً ثم تزوج أربعاً سواهن ثم مات، فإن قيل: بمذهبه الجديد إن المطلقة في المرض لا ترث فالميراث للأربع اللاتي تزوجهن.

وإن قيل: إن المطلقة في المرض ترث ففيه وجهان:

أحدهما: أن الميراث بين الأربع المطلقات والأربع المنكوحات على ثمانية أسهم؛ لأن كلا الفريقين وارث.

والثاني: أن الميراث للأربع المطلقات دون المنكوحات؛ لأنه لما لم يكن له إسقاط ميراثهن، لم يكن له إدخال النقص عليهن، وليس يمتنع بثبوت النكاح مع عدم الإرث كالأمة والذمية، فعلى هذا لو كان له أربع زوجات فقال في مرضه إحداكن طالق ثلاثاً ثم تزوج خامسة ومات ففيه ثلاثة أوجه.

أحدها: أن للمنكوحة ربع الميراث ويوقف ثلاثة أرباعه بين الأربع حتى يصطلحن عليه وهذا إذا قيل إن المطلقة في المرض لا ترث.

والثاني: أن الميراث بينهن أخماساً وهذا إذا قيل إن المطلقة في المرض ترث مع المنكوحة.

والثالث: أن الميراث للأربع أرباعاً المنكوحة الخامسة وهذا إذا قيل إن المطلقات يدفعن المنكوحات عن الميراث.

فرع:

وإذا ورثت المطلقة في المرض اعتدت بالأقراء عدة الطلاق وبه قال مالك وقال أبو حنيفة تعتد بأكثر الأجلين من عدة الطلاق أو الإقراء أو عدة الوفاة بأربعة أشهر وعشر وهذا ليس بصحيح؛ لأن المرض لا يغير من أحكام الطلاق شيئاً إلا الميراث الذي هو فيه متهم وما سواه فهو على حكمه في الصحة والله أعلم.

باب ميراث المشتركة

مسألة[1]:

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «قُلْنَا فِي الْمُشْتَرَكَةِ زَوْجٍ وَأُمٍّ وَأَخَوَيْنِ لأُمٍّ وَأَخَوَيْنِ لأَبٍ وَأُمٍّ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلأُمِّ السُّدُسُ وَلِلأَخَوَيْنِ لِلأُمِّ الثُّلُثُ وَيَشْرِكُهُمْ بَنُو الأَبِ وَالأُمِّ لأَنَّ الأَبَ لَمَّا سَقَطَ حُكْمُهُ وَصَارَ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ وَصَارُوا بَنِي أُمٍّ مَعاً. قَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الحَسَنِ: هَلْ وَجَدْتَ الرَّجُلَ مُسْتَعْمَلاً فِي حَالٍ ثُمَّ تَأْتِي حَالَةٌ أُخْرَى فَلَا يَكُونَ مُسْتَعْمِلاً؟ قُلْتُ: نَعَمْ مَا قُلْنَا نَحْنُ وَأَنْتَ وَخَالَفَنَا فِيهِ صَاحِبُكَ مِنْ أَنَّ الزَّوْجَ يَنْكِحُ الْمَرْأَةَ بَعْدَ ثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ ثُمَّ يُطَلِّقُهَا فَتَحِلُّ لِلزَّوْجِ قَبْلَهُ وَيَكُونَ مُبْتَدِئاً لِنِكَاحِهَا وَتَكُونُ عِنْدَهُ عَلَى ثَلَاثٍ وَلَوْ نَكَحَهَا بَعْدَ طَلْقَةٍ لَمْ تَنْهَدِمْ كَمَا تَنْهَدِمُ الثَّلَاثُ لأَنَّهُ لَمَّا كَانَ لَهُ مَعْنًى فِي إِحْلَالِ الْمَرْأَةِ هُدِمَ الطَّلَاقُ الَّذِي تَقَدَّمَهُ إِذَا كَانَتْ لَا تَحِلُّ إِلَّا بِهِ وَلَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَعْنًى فِي الْوَاحِدَةِ وَالثِّنْتَيْنِ

---

(١) انظر الأم (٣/١٥١، ١٥٢).

وَكَانَتْ تَحِلُّ لِزَوْجِهَا بِنِكَاحٍ قَبْلَ زَوْجٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَعْنًى فَنَسْتَعْمِلُهُ. قَالَ: إِنَّا لَنَقُولُ بِهَذَا فَهَلْ تَجِدُ مِثْلَهُ فِي الفَرَائِضِ؟ قُلْتُ: نَعَمْ الأَبُ يَمُوتُ ابْنُهُ وَلِلابْنِ إِخْوَةٌ فَلَا يَرِثُونَ مَعَ الأَبِ فَإِنْ كَانَ الأَبُ قَاتِلاً وَرِثُوا وَلَمْ يَرِث الأَبُ مِنْ قِبَلِ أَنَّ حُكْمَ الأَبِ قَدْ زَالَ وَمَنْ زَالَ حُكْمُهُ فَكَمَنْ لَمْ يَكُنْ».

قال في الحاوي: وهذه المسألة تسمى المشتركة لاختلاف الناس في التشريك فيها بين ولد الأم وولد الأب والأم وتسمى الحمارية، لأن رجلاً قال لعلي عليه السلام حين منع التشريك أعطهم بأمهم وهب أن أباهم كان حماراً. وشروط المشتركة أن يجتمع فيها أربعة أجناس زوج وأم أو يكون مكان الأم جدة وولد الأم أقلهم اثنان أخوان أو أختان أو أخ وأخت ذو فرض، ومن لا فرض له من ولد الأب والأم أخ أو أخوان أو أخ وأخت فإذا استكملت شروطها على ما ذكرنا كان للزوج النصف وللأم أو الجدة السدس وللأخوين من الأم الثلث واختلفوا هل يشاركهم فيه الأخوان من الأب والأم أم لا فمذهب الشافعي أن ولد الأب والأم يشاركون ولد الأم في ثلثهم ويقتسمونه بالسوية بين ذكورهم وإناثهم، وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضوان الله عليهما ومن التابعين: عمر بن عبد العزيز وشريح بن المسيب وطاوس وابن سيرين. ومن الفقهاء: مالك والنخعي والثوري وإسحاق وقال أبو حنيفة: ولد الأم يختصون بالثلث ولا يشاركهم فيه ولد الأب والأم، وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب وأبي بن كعب وأبو موسى الأشعري رضي الله عنهم، ومن التابعين: الشعبي، ومن الفقهاء: ابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل وأبو ثور وداود. وروي عن زيد وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم القولان معاً. أما زيد فروى الشعبي عنه أنه لم يشرك. وروى النخعي عنه أنه شرك وهو المشهور عنه. وقال وكيع بن الجراح: ما أجد أحداً من الصحابة رضي الله عنهم إلا وقد اختلف عنه في المشتركة إلا علي بن أبي طالب عليه السلام فإنه لم يختلف عنه أنه لم يشرك وأتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في العام الأول فلم يشرك وأتى في الثاني فشرك وقال: تلك على ما قضينا وهذه على ما تقضى، فأما من منع من التشريك فاستدل عليه بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «اقسم المال بين أهل الفرائض على كتاب الله فما تركت الفرائض فلأولي عصبة ذكر»[1] فمنع من مشاركة العصبة لذوي الفروض وإعطائهم ما فضل عنها إن فضل وليس في المشتركة بعد الفروض فضل فلم تكن لهم مشاركة ذي فرض لأنهم عصبة فلم يجز أن يشاركوا ذوي الفروض كالأخوة للأب، ولأن من كان عصبة سقط عند استيعاب الفروض للتركة قياساً على زوج وأم وجد وأخ جاز لما استوعب الزوج والأم والجد المال فرضاً سقط الأخ، ولأن كل

(١) تقدم تخريجه مراراً.

أخ حاز جميع المال إذا تفرد جاز أن يكون بعصبته موجباً لحرمانه قياساً على زوج وأخت للأب وأم لو كان معها أخ لأب سقط ولو كان مكانه أخت للأب كان لها السدس فكان تعصيب الأخ موجباً لحرمانه سدس الأخت كذلك تعصيب ولد الأب والأم يمنعهم من مشاركة ولد الأم، ولأنه لما جاز أن يفضل ولد الأم على ولد الأب والأم مع إدلاء جميعهم بالأم جاز أن يقضوا بالفرض دونهم وإن أدلى جميعهم بالأم، ألا ترى لو كانت الفريضة زوجاً وأماً وأخاً لأم وعشرة إخوة لأب وأم أن الأخ من الأم السدس ولجميع الإخوة للأب والأم وهم عشرة السدس فلما لم يمتنع أن يفضل عليهم لم يمتنع أن يختص بالإرث دونهم.

قالوا: ولأنه لو جاز أن يكون ولد الأب والأم يشاركوا ولد الأم في فرضهم إذا لم يرثوا بأنفسهم لمشاركتهم لهم في الإدلاء بالأم لجاز إذا كانت الفريضة بنتاً وأختاً لأب وأم وأختاً لأب أن يكون للبنت النصف ويكون النصف الباقي بين الأخت للأب والأم، والأخت للأب لاشتراكهما في الإدلاء بالأم، ولا يفضل ذلك بالأم؛ لأن ولد الأم لا يرث مع البنت وفي الإجماع على إسقاط هذا القول دليل على إسقاط التشريك بين ولد الأم وولد الأب والأم.

قالوا: ولأنه لو جاز أن يكون ولد الأب والأم يشاركون ولد الأم في فرضهم إذا لم يرثوا بأنفسهم لمشاركتهم لهم في الإدلاء بالأم لجاز إذا كانت الفريضة بنتاً وأختاً لأب وأم وأختاً لأب أن يكون للبنت النصف ويكون النصف الباقي بين الأخت للأب والأم والأخت للأب لاشتراكهما في الإدلاء بالأب ولا يفضل تلك بالأم، لأن ولد الأم لا يرث مع البنت وفي الإجماع على إسقاط هذا القول دليل على إسقاط التشريك بين ولد الأم وولد الأب والأم.

قالوا: ولأنه لو جاز أن يرث ولد الأب والأم بالفرض إذا لم يرثوا بالتعصيب لجاز أن يجمع لهم بين الفرض والتعصيب فيشاركوا ولد الأم في فرضهم ويأخذون الباقي بعد الفرض بتعصيبهم وفي إبطال هذا إبطال لفرضهم.

ودليلنا على التشريك عموم قوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النِّسَاء: ٧] فاقتضى ظاهر هذا العموم استحقاق الجميع إلا من حصة الدليل، ولأنهم ساووا ولد الأم في رحمهم فوجب أن يشاركوهم في ميراثهم قياساً على مشاركة بعضهم لبعض، ولأنهم بنو أم واحدة فجاز أن يشتركوا في الثلث قياساً عليهم إذا لم يكن فيهم ولد أب، ولأن كل من أدلى بسببين يرث بكل واحد منهما على الانفراد جاز إذا لم يرث بأحدهما أن يرث بالآخر قياساً على ابن العم إذا كان أخاً لأم ولأن كل من فيه معنى التعصيب والفرض جاز إذا لم يرث بالتعصيب أن يرث بالفرض قياساً على الأب، ولأن أصول المواريث موضوعة على تقديم الأقوى على الأضعف، وأدنى الأحوال مشاركة

الأقوى للأضعف، وليس في أصول المواريث سقوط الأقوى بالأضعف وولد الأب والأم أقوى من ولد الأم لمشاركتهم في الأم وزيادتهم بالأب، فإذا لم يزدهم الأب قوة لم يزدهم ضعفاً وأسوأ حاله أن يكون وجوده كعدمه كما قال السائل: هب أن أباهم كان حماراً.

فأما الجواب عن قول النبي ﷺ أبقت الفرائض فلأولي ذكر فهو أن ولد الأب والأم يأخذون بالفرض لا بالتعصيب فلم يكن في الخبر دليل على منعهم. وأما قياسهم على الإخوة للأب فالجواب عنه: أنهم لا يأخذون بالفرض لعدم إدلائهم بالأم، وخالفهم ولد الأب والأم وأما استدلالهم بأن من كان عصبة سقط عند استيعاب الفروض لجميع التركة.

فالجواب عنه: إن تعصيب ولد الأب والأم قد سقط وليس سقوط تعصيبهم يوجب سقوط رحمهم كالأب إذا سقط أن يأخذ بالتعصيب لم يوجب سقوط أخذه بالفرض.

فإن كانت المسألة زوجاً وأماً وجداً وأخاً سقط الأخ؛ لأنه الجد يأخذ فرضه برحم الولادة فجاز أن يسقط مع الأخ لفقد هذا المعنى فيه وخالف ولد الأم لمشاركته له من جهة الأم.

وأما استدلالهم بأن من جاز جميع المال بالتعصيب جاز أن يكون بعصبته سبباً لحرمانه كزوج، وأخت لأب وأم، وأخت لأب لو كان مكانها أخ لأب سقط.

فالجواب: إن الأخ للأب ليس له سبب يرث به إلا بالتعصيب وحده فلم يجز أن يدخل بمجرد التعصيب على ذوي الفرض.

ألا ترى أنه لو اجتمع في هذه المسألة مع الأخت للأب الأخ للأب أسقطها؛ لأنه نقلها عن الفرض إلى التعصيب، وليس كذلك الإخوة للأب والأم؛ لأن لهم رحماً بالأم يجوز أن يشاركونها ولد الأم.

ألا ترى أنهم لو اجتمعوا معهم لم يسقطوهم فكذلك لم يسقطوا بهم.

وأما استدلالهم بأنه لما جاز أن يفضل ولد الأم على ولد الأب والأم جاز أن يسقطوا بهم.

فالجواب عنه إنه لما جاز أن يفضلوا عليهم؛ لأنهم ورثوا بتعصيبهم دون أمهم وميراثهم بالتعصيب أقوى؛ لأنهم قد يأخذون به الأكثر، فجاز أن يأخذوا به الأقل، فإذا سقط تعصيبهم لم يسقطوا برحمهم؛ لأنها أقل حالتهم فلهذا المعنى جاز أن يفضلوهم ولم يجز أن يسقطوهم وأما استدلالهم بالبنت والأخت للأب والأم والأخت للأب فالجواب عنه إن البنت إنما تسقط من الإخوة والأخوات من تفرد إدلائه بالأم فإذا اجتمع الأمران في واحد لم يسقط، ثم رأينا من جميع الإدلاء بالأبوين أقوى فجاز أن يكون أحق وهذا

بخلاف المشتركة؛ لأن المخالف فيها جعل الأضعف أقوى وأحق فأين وجه الجمع بين المضادة وكيف طريق الاستدلال مع التباين.

وأما استدلالهم بأنهم لو ورثوا بالفرض لجمعوا بين التعصيب والفرض كالأب.

فالجواب عنه إن الفرض منهم أضعف من التعصيب؛ لأن الميراث به اجتهاد عن نص فلم يجز أن يجمع لهم بين التعصيب الأقوى والفرض الأضعف وليس كذلك فرض الأب لقوته ومساواته التعصيب الذي فيه فجاز أن يجتمع له الميراثان.

فصل: فإذا ثبت وجوب التشريك بين ولد الأم وبين ولد الأب والأم في المشتركة وجب أن يسوي فيه بين ذكورهم وإناثهم، لأن ولد الأم لا يفضل ذكرهم على إناثهم.

فلو كانت المسألة زوجاً وأماً وأختين لأم وأخوين لأب وأم كان الثلث بين الأختين من الأم والأخوين للأب والأم بالسوية فلو كان مكان الأخوين للأب والأم أختان لأب وأم لم تكن مشتركة، لأن للأخوات فرضاً فيكون للزوج النصف وللأم السدس وللأخوين من الأم الثلث وللأختين من الأب والأم الثلثان وتعول إلى عشرة ولو كان مع الأختين للأب والأم أخ صارت مشتركة؛ لأن مشاركة الأخ لهما أسقط فرضهما ويأخذون جميعاً بالتشريك فلو كان ولد الأم واحداً سقط التشريك؛ لأنه يبقى من الفروض سدس يأخذه ولد الأب والأم بالتعصيب والله أعلم بالصواب.

باب ميراث ولد الملاعنة

قَالَ[1] الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «وَقُلْنَا إِذَا مَاتَ وَلَدُ الْمُلَاعَنَةِ وَوَلَدُ الزِّنَى وَرِثَتْ أُمُّهُ حَقَّهَا وَإِخْوَتُهُ لِأُمِّهِ حُقُوقَهُمْ وَنَظَرْنَا مَا بَقِيَ فَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ مَوْلَاةً وَلَاءَ عِتَاقَةٍ كَانَ مَا بَقِيَ مِيرَاثاً لِمَوَالِي أُمِّهِ وَإِنْ كَانَتْ عَرَبِيَّةً أَوْ لَا وَلَاءَ لَهَا كَانَ مَا بَقِيَ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ. وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ فِيهَا بِقَوْلِنَا إِلَّا فِي خُصْلَةٍ إِذَا كَانَتْ عَرَبِيَّةً أَوْ لَا وَلَاءَ لَهَا فَعَصَبَتُهُ عَصَبَةُ أُمِّهِ وَاحْتَجُّوا بِرِوَايَةٍ لَا تَثْبُتُ وَقَالُوا: كَيْفَ لَمْ تَجْعَلُوا عَصَبَتُهُ عَصَبَةُ أُمِّهِ كَمَا جَعَلْتُمْ مَوَالِيهِ مَوَالِي أُمِّهِ؟ قُلْنَا: بِالأَمْرِ الَّذِي لَمْ نَخْتَلِفْ فِيهِ نَحْنُ وَلَا أَنْتُمْ ثُمَّ تَرَكْتُمْ فِيهِ قَوْلَكُمْ أَلَيْسَ الْمَوْلَاةُ الْمُعْتَقَةُ تَلِدُ مِنْ مَمْلُوكٍ؟ أَلَيْسَ وَلَدُهَا تَبَعاً لِوَلَائِهَا كَأَنَّهُمْ أَعْتَقُوهُمْ يَجْعَلُ عَنْهُمْ مَوَالِي أُمِّهِمْ وَيَكُونُونَ أَوْلِيَاءَ فِي التَّزْوِيجِ لَهُمْ؟ قَالُوا: نَعَمْ قُلْنَا: فَإِنْ كَانَتْ عَرَبِيَّةً أَتَكُونُ عَصَبَتُهَا عَصَبَةَ وَلَدِهَا يَعْقِلُونَ عَنْهُمْ أَوْ يُزَوِّجُونَ الْبَنَاتِ مِنْهُمْ؟ قَالُوا: لَا قُلْنَا: فَإِذَا كَانَ مَوَالِي الأُمِّ يَقُومُونَ مَقَامَ الْعَصَبَةِ فِي وَلَدِ مَوَالِيهِمْ، وَكَانَ الأَخْوَالُ لَا يَقُومُونَ ذَلِكَ الْمَقَامَ فِي بَنِي أُخْتِهِمْ فَكَيْفَ أَنْكَرتَ مَا قُلْنَا وَالأَصْلُ الَّذِي ذَهَبْنَا إِلَيْهِ وَاحِدٌ؟».

قال في الحاوي: وهذا كما قال ولد الملاعنة ينتفي عن أبيه ويلحق بأمه لرواية مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ ألحق ابن الملاعنة بأمه، واختلفوا في نفيه عن

---

(١) انظر الأم (٣/١٥٢ ـ ١٥٤).

أبيه بماذا يكون من اللعان على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أنه بلعان الزوج وحده تقع الفرقة وينفى عنه الوالد.

والثاني: وهو مذهب مالك أن بلعانهما جميعاً تقع الفرقة وينتفي عن الوالد.

والثالث: وهو مذهب أبي حنيفة أن بلعانها وحكم الحاكم تقع الفرقة وينتفي عنه الولد، وحجاج هذا الخلاف يأتي في كتاب اللعان إن شاء الله.

فإذا انتفى الولد باللعان عن الزوج ولحق بالأم انتفى تعصيب النسب فقد اختلفوا هل تصير الملاعنة أو عصبتها عصبة له أم لا؟ فمذهب الشافعي أنها لا تكون له عصبة ولا تصير أمه ولا عصبتها له عصبة، وبه قال من الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس في إحدى الروايتين عنه، ومن التابعين سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير. ومن الفقهاء: الزهري ومالك وقال أبو حنيفة: تصير أمه عصبة له ثم عصبتها من بعدها، وبه قال ابن مسعود، وقال أحمد بن حنبل: تصير عصبة الأم عصبة له، وللأم فرضها. وبه قال علي بن أبي طالب عليه السلام.

واستدل من جعل أمه وعصبتها عصبة له بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها[١].

وما رواه عبد الواحد بن عبد الله البصري عن واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ قال: المرأة تحوز ثلث مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه[٢].

وروي عن داود بن أبي هند عن عبد الله بن عبيد بن عمر الأنصاري قال: كتبت إلى صديق لي من أهل المدينة من بني زريق أسأله عن ولد الملاعنة لمن قضى به رسول الله ﷺ فكتب إليه إني سألت فأخبرت أنه قضى به لأمه هي بمنزلة أبيه وأمه[٣]. وروي عن الشعبي قال: بعث أهل الكوفة رجلاً إلى الحجاز في زمن عثمان بن عفان رضي الله عنه ما بعثوه إلا في ميراث الملاعنة يسأل عنه فجاءهم الرسول أنه لأمه وعصبتها، ولأن الولاء كالنسب في التعصيب والعقل فلما ثبت عليه الولاء من جهة الأم إذا لم يكن عليه ولاء من جهة الأب جاز أن يثبت له بالتعصيب من قبل الأم إذا لم يثبت له بالتعصيب من جهة الأب ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أن كل جهة جاز أن يثبت عليها الولاء فيها جاز أن يثبت عليه التعصيب منها كالأب.

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٥٠٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٩٠٦)، والترمذي (٢١١٥)، وابن ماجه (٢٧٤٢)، والحاكم (٤/ ٣٤٠)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٤٩٨).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٥٠١).

والثاني: أن ما حيز به الميراث من جهة الأب جاز أن يحاز به من جهة الأم كالولادة.

ودليلنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفرائض فلأولي رجل ذكر»[١]. وقد فرض الله تعالى للأم الثلث فلا يجوز أن يزاد عليه. وروى الزهري عن شريك بن سحماء أن النبي ﷺ لاعن بين الزوجين وكانت حاملاً فانتفى من ولدها فكان يدعى إليها ثم جرت السنة أن يرثها وترث منه ما فرض الله تعالى لها[٢]. وهذا نص ولأن كل من أدلى بمن لا تعصيب له لم يكن له تعصيب كابن العم للأم؛ لأنها قرابة بعتق يقدم عليها المعتق فلم يستحق بها الإرث كالرضاع، ولأن كل من أحرز معه المولى المعتق جميع التركة لم يستحق الإرث بالقرابة كالعبد الكافر، ولأن التعصيب قد يعدم بالموت مع معرفة النسب كما يعدم باللعان للجهل بالنسب فلما كان عدمه بالموت لا يوجب انتقاله إلى الأم وجب أن يكون عدمه باللعان لا يوجب انتقاله إلى الأم وتحريره قياساً أن عدم التعصيب من جهة لا يوجب انتقاله إلى غير جهته كالموت، ولأن الأم لو صارت عصبة كالأب لوجب أن تحجب الإخوة كما يحجبهم الأب، وفي إجماعهم على توريث الإخوة لوجب معها دليل على عدم تعصيبها، ولأن استحقاق العصبة للميراث في مقابلة تحملهم للعقل وولاية النكاح فلما لم تعقل عصبة الأم ولم يزوجوا لم يرثوا.

وتحريره قياساً أن ما تفرع من النسب لم يثبت إلا بثبوت النسب قياساً على العقل.

فأما الجواب عن حديث عمرو بن شعيب فهو أنه مرسل؛ لأن له جدين: الأول منهما تابعي، والثاني: صحابي، فإذا لم يعين أحدهما لحق بالمرسل فلم يلزم الاحتجاج به على أنه محتمل أنه جعل ميراثه لأمه إذا كان لها عليه ولاء ثم لورثته ولائها من بعدها وبمثله يجاب من حديث واثلة بن الأسقع، أو يحمل على أنها تحوز ميراثه وهو قدر فرضها، ويستفاد به أن لعانها عليه لا يؤثر في سقوط ميراثها منه.

أما حديث داود بن أبي هند فمرسل ثم لا دليل فيه؛ لأنهم سألوا عن ولد الملاعنة لمن قضى به قالوا: قضى به لأمه هي بمنزلة أبيه وأمه في كفالته والقيام بحضانته؛ لأنه لم يجز للميراث فيه ذكر.

وأما قياسهم على الولاء فالمعنى فيه أنه قد يثبت من جهة الأم كثبوته من جهة الأب وهو من جهة الأم أقوى وخالف النسب الذي لا يثبت إلا من جهة الأب فكذا ما تفرع عنه من التعصيب.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا ومات ابن الملاعنة فترك أمه وخالاً فعلى قول أبي حنيفة

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري (٤٧٤٥)، ومسلم (١/ ١٤٩٢).

وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه المال كله لأمه على قول أحمد بن حنبل وهو قول علي بن أبي طالب عليه السلام لأمه الثلث والباقي للخال؛ لأنه عصبة الأم وعلى قول الشافعي وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه لأمه الثلث والباقي لمواليها إن كان على الأم ولاء؛ لأن الولد داخل في ولاء أمه، فإن لم يكن على الأم ولاء فالباقي بعد فرضها لبيت المال فلو ترك ابن الملاعنة أماً وأختاً فعلى قول أبي حنيفة، وهو قول ابن مسعود المال كله للأم، وعلى قول أحمد بن حنبل وهو قول علي عليه السلام لأمه السدس ولأخيه وأخته الثلث بينهما بالسوية والباقي بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وعلى قول الشافعي وهو قول زيد بن ثابت للأم السدس وللأخ والأخت الثلث بينهما بالسوية والباقي للمولى، فإن لم يكن فلبيت المال فلو كان ولد الملاعنة توأمين ابنين فمات أحدهما فترك أمه وأخاه فقد اختلف أصحابنا في أخيه هل يرثه ميراث أخ لأم أو ميراث لأب وأم على وجهين:

أحدهما: وهو قول الأكثرين من أصحابنا أنه يرث ميراث أخ للأم، لأنهما لما عدما الأب عدما الإدلاء بالأب، فعلى هذا يكون لأمه الثلث ولأخيه السدس والباقي للمولى إن كان أو لبيت المال.

والثاني: حكي عن أبي إسحاق المروزي وأبو الحسن بن القطان وهو مذهب مالك أنه يرثه ميراث أخ لأب وأم، لأن التوأمين من حمل واحد، والحمل الواحد لا يكون إلا من أب واحد، ألا ترى أن أيهما اعترف به الملاعن تبعه الآخر في اللحوق فعلى هذا يكون لأمه الثلث والباقي للأخ؛ لأنه أخ لأب وأم فكان أولى من المولى وبيت المال.

فصل: فأما ولد الزنى فحكمه حكم ولد الملاعنة في نفيه عن الزاني ولحوقه بالأم وعلى ما مضى من الاختلاف هل تصير الأم وعصبتها عصبة له أم لا؟ غير أن توأم الزانية لا يرث إلا ميراث أخ لأم بإجماع أصحابنا ووفاق مالك، وإن اختلفوا في توأم الملاعنة فإن ادعى الزاني الولد الذي ولدته الزانية منه، فلو كانت الزانية فراشاً لرجل كان الولد في الظاهر لاحقاً بمن له الفراش، ولا يلحق بالزاني لادعائه له لقوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[(١)].

فأما إن كانت الزانية خلية وليست فراشاً لأحد يلحقها ولدها فمذهب الشافعي أن الولد لا يلحق بالزاني، وإن ادعاه وقال الحسن البصري: يلحقه الولد إذا ادعاه بعد قيام البينة. وبه قال ابن سيرين وإسحاق بن راهويه. وقال إبراهيم النخعي: يلحقه الولد إذا ادعاه بعد الحد ويلحقه إذا ملك الموطوءة وإن لم يدعه، وقال أبو حنيفة: إن تزوجها قبل وضعها ولو بيوم لحق به الولد، وإن لم يتزوجها لم يلحق به، ثم استدلوا جميعاً مع

---

(١) تقدم تخريجه.

اختلاف مذاهبهم بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يليط أولاد البغايا في الجاهلية بآبائهم في الإسلام، ومعنى يليط أي يلحق.

قالوا: ولأن لما كان انتفاء الولد عن الواطىء باللعان لا يمنع من لحوقه به بعد الاعتراف فكذلك ولد الزنى، وهذا خطأ فاسد لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال: خطبنا رسول الله ﷺ يوم فتح مكة فحمد الله وأثنى عليه ثم ذكر ما شاء الله أن يذكر فأتاه رجل فقال: يا رسول الله إني عاهرت بأمه في الجاهلية فقال ﷺ: «لا اعتهار في الإسلام الولد للفراش وأيما رجل عاهر بأمة لا يملكها أو امرأة لا يملكها فادعى الولد فليس بولده، ولا يرث ولا يورث، ولأن ولد الزنى لو لحق بادعاء الزاني إياه للحق به إذا أقر بالزنى، وإن لم يدعيه كولد الموطوءة يشبه في إجماعهم على نفيه عنه مع اعترافه بالزنى دليل على نفيه عنه مع ادعائه له ولأنه لو لحق بالاعتراف لوجب عليه الاعتراف وقد أجمعوا على أن الاعتراف به لا يلزمه فدل على أنه إذا اعترف به لم يلحقه.

فأما الجواب عن الحديث المروي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يليط أولاد البغايا في الجاهلية بآبائهم في الإسلام فهو أن ذلك منه في عهار البغايا في الجاهلية دون عهار الإسلام، والعهار في الجاهلية أخف حكماً من العهار في الإسلام، فصارت الشبهة لاحقة به ومع الشبهة يجوز لحوق الولد، وخالف حكمه عند انتفاء الشبهة عنه في الإسلام.

وأما ولد الملاعنة مخالف لولد الزنى، والفرق بينهما أن ولد الملاعنة لما كان لاحقاً بالواطىء قبل اللعان جاز أن يصير لاحقاً به بعد الاعتراف؛ لأن الأصل فيه اللحوق والبغاء طارىء وولد الزنى لم يكن لاحقاً به في حال فيرجع حكمه بعد الاعتراف إلى تلك الحال.

باب ميراث المجوس

قَالَ(١) الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «إِذَا مَاتَ المَجُوسِيُّ وَبِنْتُهُ امْرَأَتُهُ أَوْ أُخْتُهُ أُمُّهُ نَظَرْنَا إِلَى أَعْظَم السَّبَبَيْنِ فَوَرَّثْنَاهَا بِهِ وَأَلْقَيْنَا الآخَرَ وَأَعْظَمُهُمَا أَثْبَتَهُمَا بِكُلِّ حَالٍ فَإِذَا كَانَتْ أُمٌّ أُخْتاً وَرَّثْنَاهَا بِأَنَّهَا أُمٌّ وَذَلِكَ لأَنَّ الأُمَّ تَثْبُتُ فِي كُلِّ حَالٍ وَالأُخْتُ قَدْ تَزُولُ وَهَكَذَا جَمِيعُ فَرَائِضِهِمْ عَلَى هَذِهِ المَسْأَلَةِ. وَقَالَ بَعْضُ النَّاسِ أَوْرَثُهَا مِنَ الوَجْهَيْنِ مَعاً، قُلْنَا: فَإِذَا كَانَ مَعَهَا أُخْتٌ وَهِيَ أُمٌّ؟ قَالَ: أَحْجُبُهَا مِنَ الثُّلُثُ بِأَنَّ مَعَهَا أُخْتَيْنِ وَأُوَرِّثُهَا مِنْ وَجْهِ آخَرَ بِأَنَّهَا أُخْتٌ. قُلْنَا: أَوَلَيْسَ إِنَّمَا حَجَبَهَا اللَّهُ تَعَالَى بِغَيْرِهَا لَا بِنَفْسِهَا؟ قَالَ: بَلَى، قُلْنَا: وَغَيْرُهَا خِلَافُهَا؟ قَالَ: نَعَمْ. قُلْنَا: فَإِذَا نَقَّصْتَهَا بِنَفْسِهَا فَهَذَا خِلَافُ مَا نَقَّصَهَا اللَّهُ تَعَالَى بِهِ أَوْ رَأَيْتَ مَا إِذَا كَانَتْ أُمًّا عَلَى الكَمَالِ كَيْفَ يَجُوزُ أَنْ تُعْطِيهَا بِبَعْضِهَا دُونَ

(١) انظر الأم (٣/ ١٥٤، ١٥٥).

الكَمَالِ؟ تُعْطِيهَا بِبَعْضِهَا دُونَ الكَمَالِ؟ تُعْطِيهَا أُمًّا كَامِلَةً وَأُخْتاً كَامِلَةً وَهُمَا بَدَنَانِ وَهَذَا بَدَنٌ وَاحِدٌ؟ قَالَ: فَقَدْ عَطَّلْتَ أَحَدَ الحَقَّيْنِ. قُلْنَا: لَمَّا لَمْ يَكُنْ سَبِيلٌ إِلَى اسْتِعْمَالِهِمَا مَعاً إِلَّا بِخِلَافِ الكِتَابِ وَالْمَعْقُولِ، لَمْ يَجُزْ إِلَّا تَعْطِيلُ أَصْغَرِهِمَا لأَكْبَرِهِمَا».

قال في الحاوي: إذا تزوج المجوسي أمه فأولدها ابناً كان الولد منها ابنها وابن ابنها وكانت له أماً وجدة أم أب، وكان للأب ابناً أخاً لأم وكان الأب له أباً وأخاً لأم.

ولو تزوج المجوسي بنته فأولدها ابناً فكان الولد منه ابناً وابن بنت وكان الأب أباً وجداً أب أم وكان الابن للبنت ابناً وأخاً لأب وكانت له أماً وأختاً لأب.

ولو تزوج المجوسي أخته فأولدها ابناً كان الأب أباه وخاله، وكان الابن له ابناً وابن أخت، وكان للأخت ابناً وابن أخ، وكانت له أماً وعمة، وقد تتفق هاتان المسألتان في وطء الشبهة فإذا كان ذلك في المجوسي وقد أسلموا أو تحاكموا إلينا في مواريثهم أو كان المسلمين مع الشبهة فإن اجتمع فيه عقد نكاح وقرابة سقط التوريث بالنكاح لفساده وتوارثوا بالقرابة المفردة بالاتفاق وإن اجتمع في الشخص الواحد منهم قرابتان بنسب توجب كل واحدة منهما الميراث فإن كانت إحداهما تسقط الأخرى كأم هي جدة، أو بنت هي أخت لأم، ورثت بابنتها وألغيت المحجوبة منهما إجماعاً، وإن كان إحداهما لا تسقط الأخرى كأم هي أخت أو أخت هي بنت فقد اختلف الناس هل تورث بالقرابتين معاً أم لا فقال أبو حنيفة أورثها بالقرابتين معاً وبه قال من الصحابة عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس ومن التابعين: عمر بن عبد العزيز ومكحول. ومن الفقهاء: النخعي والثوري وابن أبي ليلى وأحمد وإسحاق.

وقال الشافعي: أورثها بأثبت القرابتين، وأسقط الأخرى، ولا أجمع لها بين الميراثين، وبه قال من الصحابة: زيد بن ثابت رضي الله عنه ومن التابعين: الحسن البصري، ومن الفقهاء: مالك والزهري والليث وحماد واستدل من ورث بها بأن الله تعالى نص على التوريث بالقرابات، وقال النبي ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها» فلم يجز مع النص إسقاط بعضها.

قالوا: ولأن اجتماع السببين من أسباب الإرث عند انفصالها لا يمنع من اجتماع الإرث بهما كابني العم إذا كان أحدهما أخاً لأم.

قالوا: لأن اجتماع القرابتين يفيد في الشرع أحد أمرين: إما التقديم كأخ للأب والأم مع الأخ للأب وإما التفضيل كابني العم إذا كان أحدهما أخاً لأم ولا يجوز أن يكون اجتماعهما لغواً لا يفيد تقديماً ولا تفضيلاً لما فيه من هدم الأصول المستقرة في المواريث ولذلك لم يجز الاقتصار على إحدى القرابتين.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾ [النِّسَاء: ١١] فلم يزد الله

تعالى البنت على النصف وهم يجعلون للبنت إذا كانت بنت ابن النصف والسدس، والنص يدفع هذا، ولأن الشخص الواحد لا يجتمع له فرضان مقدران من ميت واحد كالأخت للأب والأم لا تأخذ النصف بأنها أخت لأب والسدس بأنها أخت لأم، ولأن كل نسب أثبت الله تعالى به التوارث جعل إليه طريقاً كالبنوة والمصاهرة فلما لم يجعل إلى اجتماع هاتين القرابتين وجهاً مباحاً دل على أنه لم يرد اجتمع التوارث منهما وقد يتحرر منه قياسان:

أحدهما: أن ما منع الشرع من اجتماعهما في بدن واحد لم يجتمع التوارث بهما كالخنثى لا يرث بأنه ذكر وأنثى.

والثاني: أن سبب الإرث إذا أحدث عن محظور لم يجز التوارث به كالأخت إذا صارت زوجة واستدل بأن مجوسياً لو ترك أختاً وأماً هي أخته لم يخل أن تحجب الأم إلى السدس أو لا تحجب، فإن لم تحجب فقد كمل فرض الأم مع الميراث الأختين حجبت والله تعالى قد حجبها بغيرها وهم قد حجبوها بنفسها وذلك مخالف لحجب الله تعالى وحكم الشرع.

فأما الجواب عن استدلالهم بالظاهر فهو حمل المقصود بها على انفراد الأسباب اعتباراً بالعرف المعتاد دون النادر الشاذ وليس يجوز حملها على ما حظره الشرع ومنع العرف دون ما جاء الشرع به واستقر العرف عليه وقرابات المجوس الحادثة عن مناكحهم لم يرد بها شرع ولم يستقر عليها عرف، وبهذا يجاب عن قياسهم على ابني أحدهما أخ لأم، لأن الشرع إباحة والعرف استمر فيه.

وأما استدلالهم بأن اجتماع القرابتين يفيد أحد أمرين من تقديم أو تفضيل ففاسد بالأخت من الأب والأم مع الزوج يأخذ النصف الذي تأخذه الأخت للأب على أن جمعها بين القرابتين من مساواة الأمرين.

فصل: فإذا ثبت توريث ذي القرابتين من المجوس أو من وطء الشبهة بأقواهما، نظرت فإن كانت إحداهما تسقط الأخرى فالمسقطة هي الأقوى والتوريث بها أحق، وإن كانت إحداهما لا تسقط الأخرى فالتوارث يكون بأقواهما واجتماع القرابتين التي يستحق التوارث بكل واحدة منها في مناكح المجوس يكون في ست مسائل:

إحداها: أب هو أخ، وهذا لا يكون إلا أخاً لأم فهذا يرث لكونه أباً، لأن الأخ يسقط مع الأب.

والثانية: ابن هو ابن ابن فهذا يرث بأنه ابن.

والثالثة: بنت هي بنت ابن فهذه ترث بأنها بنت.

والرابعة: أم هي أخت وهذه لا تكون إلا أختاً لأب فترث بأنها أم، لأن ميراث الأم أقوى من ميراث الأخت، لأنها ترث مع الأب، والابن، والأخت تسقط معهما.

والخامسة: بنت هي أخت فإن كانت الجدة أم الأم فإن الأخت لا تكون إلا الأم ولا يخلو حال من وجد من ورثة الميت في هذه المسألة أن يورث معهم بكل واحدة من هاتين القرابتين أم لا، فإن كانوا ممن يرث معهم الأخت والجدة فقد اختلف أصحابنا هل ترث هذه بأنها جدة أم بأنها على وجهين:

أحدهما: ترث بأنها جدة؛ لأن الجدة ترث مع الأب والابن والأخت تسقط مع الأب والابن.

والثاني: أنها ترث بأنها أخت، لأن ميراث الجدة طعمة وميراث الأخت نص، ولأن فرض الجدة لا يزيد بزيادة الجدات وفرض الأخت يزيد بزيادة الأخوات، ولأن الأخوات يرثن بالفرض تارة، وبالتعصيب أخرى، والجدات لا يرثن إلا بالفرض فلهذه المعاني الثلاث صارت الأخت أقوى من الجدة.

فأما إن كان الورثة ممن يورث معهم بإحدى هاتين القرابتين فهذا ينظر فإن كان التوارث معهم يكون بالتي جعلناها أقوى القرابتين مثل أن يغلب توريثها بأنها أخت وهم ممن ترث معهم الأخت دون الجدة فهذه ترث معهم بالقرابة التي غلبناها وجعلناها أقوى وإن كان التوارث معهم بالقرابة التي جعلناها أضعف مثل أن يغلب توريثها بأنها جدة وهم ممن ترث معهم الجدة دون الأخت أو يغلب توريثها بأنها أخت وهم ممن ترث معهم الأخت دون الجدة كالأم والبنت أو يغلب توريثها بأنها أخت وهم ممن ترث معهم الجدة دون الأخت كالأب والابن ففيه وجهان:

أحدهما: أنها تورث معهم بالقرابة التي لا تسقط معهم، لأن القرابة الأخرى إن لم تزدها خيراً لم تزدها شراً، ولا يداعي حكم الأقوى في هذا الموضع كالمشاركة.

والثاني: أنه يسقط توريثها بأضعفهما إذا لم ترث بالأقوى؛ لأن أقواهما قد أسقط حكم أضعفهما حتى كان الإدلاء بالأضعف معدوماً والله أعلم بالصواب.

باب ميراث الخنثى

قال الشافعي: الخنثى هو الذي له ذكر كالرجال وفرج كالنساء أو لا يكون له ذكر ولا فرج ويكون له ثقب يبول منه، وهو وإن كان مشكل الحال فليس يخلو أن يكون ذكراً أو أنثى، وإذا كان كذلك، نظر، فإن كان يبول من أحد فرجيه فالحكم له، وإن كان بوله من ذكره فهو ذكر يجري عليه حكم الذكور في الميراث وغيره، ويكون الفرج عضواً زائداً وإن كان بوله من فرجه فهو أنثى يجري عليه أحكام الإناث في الميراث وغيره ويكون الفرج عضواً زائداً لرواية الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه سئل عن مولود ولد له ما للرجال وما للنساء فقال ﷺ: «يورث من حيث يبول»[1]. وروى

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٢٥١٨)، وقال: «محمد بن السائب الكلبي لا يحتج به».

الحسن بن كثير عن أبيه أن رجلاً من أهل الشام مات فترك أولاداً رجالاً ونساء فيهم خنثى فسألوا معاوية فقال ما أدري ائتوا علياً بالعراق قال: فأتوه فسألوه فقال: من أرسلكم، فقالوا: معاوية، فقال: يرضى بحكمنا وينقم علينا بوله فمن أيهما بال فورثوه[(١)].

فإن بال منهما فقد اختلف الناس منه فقال أبو حنيفة وصاحباه: أعتبر أسبقهما وأجعل الحكم له قال أبو الحسن بن اللبان الفرضي: وقد حكاه المزني عن الشافعي ولم أر هذا في شيء من كتب المزني، وإنما قال الشافعي ذلك في القديم حكاية عن غيره ثم رد عليه، ومذهبه الذي صرح به أنه لا اعتبار بأسبقهما، ولو اعتبر السبق كما قالوا: لاعتبر الكثرة كما قال أبو يوسف وقد قال أبو حنيفة لأبي يوسف حين قال: أراعي أكثرهما أفتكيله؟ وحكي عن الحسن البصري أن الخنثى إذا أشكل حاله اعتبرت أضلاعه فإن أضلاع الرجال ثمانية عشر، وأضلاع المرأة سبعة عشر وهذا لا أصل له لإجماعهم على تقديم المال على غيره فسقط اعتباره.

فصل: فإذا تقرر أن خروج البول منهما يقتضي أن يكون مشكلاً فقد اختلف الفقهاء في ميراثه فمذهب الشافعي أنه يعطي الخنثى أقل نصيبه من ميراث ذكر أو أنثى، وتعطي الورثة المشاركون له أقل ما يصيبهم من ذكر أو أنثى ويوقف الباقي حتى يتبين أمره، وبه قال داود وأبو ثور، وقال أبو حنيفة أعطيه أقل ما يصيبه من ميراث ذكر أو أنثى وأقسم الباقي بين الورثة، ولا أوقف شيئاً، وسئل مالك عن الخنثى فقال: لا أعرفه إما ذكراً أو أنثى، وروي عنه أنه جعله ذكراً، وروي عنه أنه أعطاه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى، وهذا قول ابن عباس والشعبي وابن أبي ليلى والأخير من قول أبي يوسف.

فإن ترك خنثين: قال أبو يوسف إن لهما حالين حالاً يكونان ذكرين وحالاً يكونان أنثيين وأعطيه نصف الأمرين، وهكذا يقول في الثلاثة وما زادوا، وقال محمد بن الحسن: أنزل الخنثين أربعة أحوال: ذكرين وأنثيين والأكبر ذكر والأصغر أنثى، أو الأكبر أنثى والأصغر ذكراً، وأنزل الثلاثة ثمانية أحوال والأربعة ستة عشر حالاً، والخمسة أثنتين وثلاثين حالاً.

وما قاله الشافعي من دفع الأقل إليه ودفع الأقل إلى شركائه، وإيقاف المشكوك فيه أولى لأمرين:

أحدهما: أن الميراث لا يستحق إلا بالتعين دون الشك وما قاله الشافعي يعين وما قاله غيره شك.

والثاني: أنه لما كان سائراً أحكامه سوى الميراث لا يعمل فيها إلا على اليقين، فكذلك الميراث، فعلى هذا لو ترك الميت ابناً وولداً خنثى فعلى قول الشافعي للابن

---

(١) أخرجه بنحوه البيهقي في «الكبرى» (١٢٥١٥، ١٢٥١٦).

النصف إن كان خنثى رجلاً، وللخنثى الثلث كأنه أنثى ويوقفوا السدس فإن بان ذكراً رد على الخنثى، وإن بان أنثى رد على الابن، وعلى مذهب أبي حنيفة يكون للخنثى الثلث والباقي للابن ولا يوقف شيء، وعلى قول أبي يوسف ومحمد ومن قال بتنزيل الأحوال لو كان الخنثى ذكراً كان له النصف ولو كان أنثى كان له الثلث فصار له في الحالين خمسة أسدس، فكان له في إحداهما أنثى سدسان ونصف وللابن لو كان الخنثى أنثى الثلثان ولو كان ذكراً النصف فصار له في الحالين سبعة أسداس فكان له في إحداهما نصف ونصف سدس فيقسم بينهما من اثنى عشر للابن سبعة وللخنثى خمسة.

ولو ترك بنتاً وترك ولداً خنثى وعماً، فعلى مذهب الشافعي للبنت الثلث وللخنثى الثلث، لأنه أقل والثلث الباقي موقوف لا يدفع إلى العم فإن بان الخنثى ذكراً رد عليه، وإن بان أنثى دفع إلى العم.

وعلى قول أبي حنيفة يدفع الثلث الباقي إلى العم، ولا يوقف.

وعلى قول من نزل حالين قال للبنت الثلث في الحالين فيدفع إليها، وللخنثى السدس إن كان ذكراً الثلثان، وإن كان أنثى الثلث، فصار له في الحالتين الكل، وكان له في أحدهما النصف، فيأخذه، وللعم إن كان الخنثى أنثى الثلث وليس له إن كان ذكراً شيء، فصار له في الحالين الثلث، فكان له في إحداهما السدس، ويقسم من ستة للبنت سهمان وللخنثى ثلاثة أسهم وللعم سهم، ولو ترك ابناً وبنتاً وخنثى فعلى مذهب الشافعي هو من عشرين سهماً؛ لأن الخنثى إن كان ذكراً فهو من خمسة، وإن كان أنثى فمن أربعة، فصار مجموع الفريضتين من عشرين، وهو مضروب خمسة في أربعة، للابن الخمسان ثمانية أسهم، وللبنت الخمس أربعة أسهم وللخنثى الربع خمسة أسهم ويوقف ثلاثة أسهم، فإن بان الخنثى رد عليه فصار له ثمانية أسهم كالابن، وإن كان أنثى رد منها على الابن سهمان، وعلى البنت سهم. وعلى قول أبي حنيفة هي من أربعة أسهم للابن سهمان وللبنت سهم وللخنثى سهم ولا يوقف شيء.

وعلى قول من نزل حالين يقول هي من عشرين للابن إن كان الخنثى ذكراً ثمانية وإن كان أنثى عشرة فصار له في الحالين ثمانية عشر سهماً، فكان له في إحداهما تسعة أسهم وللبنت إن كان الخنثى ذكراً أربعة، وإن كان أنثى خمسة فصار له في الحالين تسعة فكان له في إحداهما أربعة ونصف وللخنثى إن كان ذكراً ثمانية، وإن كان أنثى خمسة، فصار له في الحالين ثلاثة عشر فكان له في إحداهما ستة ونصف وتصح من أربعين لنزول الكسر فلو ترك ولداً خنثى ولد ابن خنثى وعم فعلى مذهب الشافعي للولد النصف ويوقف السدس بين الابن وابن الابن والخنثيين، لأنه لأحدهما ويوقف الثلث بين العلم والخنثيين.

وعلى قول أبي حنيفة للولد النصف ولولد الابن السدس والباقي للعم.

وعلى قول من نزل حالين يقول: إن كانا ذكرين فالمال للولد، وإن كانا أنثيين فللولد النصف ولولد الابن السدس والباقي للعم، فيأخذ الولد نصف الحالين وهو ثلاثة أرباع المال ويأخذ ولد الابن نصف الحالين وهو نصف السدس ويأخذ العم نصف الحالين وهو السدس.

وعلى قول من ينزل بجميع الأحوال ينزلها أربعة أحوال فيقول إن كانا ذكرين فالمال للولد وإن كانا أنثيين فللولد النصف ولولد الابن السدس، والباقي للعم، وإن كان الولد ذكراً وولد الابن أنثى، فالمال للولد، وإن كانا الولد أنثى وولد الابن ذكراً فللولد النصف والباقي لولد الابن، فصار للولد في الأربعة الأحوال ثلاثة أموال فكان له في كل حالة ربعها وذلك ثلاثة أرباع مال ولولد الابن في الأربعة الأحوال ثلث المال فكان له في حالة واحدة ربع ذلك وهو نصف السدس ثم على قياس هذا والله أعلم بالصواب.

فصل: في ميراث الحمل إذا مات رجل وترك حملاً يرثه، نظر حال ورثته فإن كان الحمل يحجبهم فلا ميراث لهم، وإن كان لا يحجبهم ولكن يشاركهم فقد اختلف الفقهاء في قدر ما يوقف للحمل فحكي عن أبي يوسف أنه يوقف للحمل نصيب غلام، ويؤخذ منه للورثة ضمين وحكي عن محمد بن الحسن أنه يوقف له نصيب أنثى وحكي عن أبي حنيفة أنه يوقف له نصيب أربعة. وبه قال أبو العباس بن سريج استدلالاً بأنهم أكثر من وجد من حمل واحد. وروى يحيى بن آدم فقال: سألت شريكاً فقال يوقف نصيب أربعة فإني قد رأيت بني ابن إسماعيل أربعة ولدوا في بطن محمد وعلي وعمر. قال يحيى وأظن الرابع إسماعيل، ومذهب الشافعي أنه يوقف سهم من يشارك الحمل في ميراثه حتى يوضع فيتبين حكمه، ولا يدفع إليهم شيء إذا لم يتقدر أقل من فرضهم، لأن عدد الحمل غير معلوم على اليقين والميراث لا يستحق بالشك، ولا بالغالب المعهود، وليس لما ذكروه من تقديره بالواحد أو بالاثنين أو بالأربعة وجه لجواز وجود من هو أكثر وقد أخبرني رجل ورد علي من اليمن طالباً للعلم وكان من أهل الدين والفضل أن امرأة باليمن وضعت حملاً كالكوشي وظن أن لا ولد فيه فألقي على قارعة الطريق فلما طلعت عليه الشمس وحمي بها تحرك فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكوراً عاشوا جميعاً، وكانوا خلقاً سوياً إلا أنه قال في أعضائهم قصر قال: وصار عني رجل منهم فصرعني فكنت أعير باليمن، فيقال لي: صرعك سبع رجل وإذا كان هذا مجوزاً، وإن كان نادراً جازت الزيادة عليه أيضاً، فعلى هذا لو ترك الميت ابناً وزوجة حاملاً فللزوجة الثمن لا ينقصها الحمل منه، ولا يدفعها عنه، وإنما الخلاف في الابن فعلى قول أبي يوسف له النصف، ويوقف النصف وعلى قول محمد بن الحسن له الثلث ويوقف الثلثان وعلى قول أبي حنيفة له خمس وتوقف الأربعة الأخماس وعلى قول الشافعي يوقف الجميع حتى يوضع الحمل ولو تركت الأم زوجاً وابن عم وأماً حاملاً، وطلبت الورثة أنصبائهم نظر في حمل الأم،

فإن كان من غير أب أعطى الزوج النصف والأم السدس؛ لأنها ما تلد اثنين فيحجبانها ويوقف الثلث فإن ولدت اثنين فأكثر دفع الثلث إليهم، فإن ولدت واحداً دفع إليه السدس ورد السدس الباقي على الأم لتستكمل الثلث فإن وضعت ميتاً كمل للأب الثلث ودفع السدس إلى ابن العم وينبغي لزوج الأم في مثل هذه الحال أن يمسك عن وطئها ليعلم تقدم حملها فإن لم يفعل ووطئها نظر فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من حين الوفاة كان الولد وارثاً لتقدم العلوق به على الوفاة، وإن ولدته لستة أشهر فأكثر لم ترث لإمكان حدوثه بعد الوفاة إلا أن يعترف الورثة بتقدمه فيرث هذا إذا كان حملها من غير الأب.

فأما إن كانت الأم حاملاً من أبي الميتة دفع إلى الزوج ثلاثة المال وإلى الأم الثمن ووقف أربعة أثمانه؛ لأنها قد تلد بنتين فيكونا أختين من أب فتعول إلى ثمانية؛ فإن وضعت اثنين بنين أخذ الموقوف وإن وضعت بنتاً واحدة دفع إليها من الموقوف بثلاثة أثمان المال ورد الثمن الباقي على الأم، وإن وضعت ابناً كمل للزوج النصف وللأم الثلث ودفع الباقي إلى الابن.

وإن وضعت ابنتين كمل للزوج النصف وللأم السدس ودفع الباقي إلى الابنتين ولو تركت زوجاً وأختاً لأب وأم وأختاً لأب وزوجة أب حاملاً منه أعطى الزوج ثلاثة أسباع المال والأخت للأب والأم ثلاثة أسباعه ووقف السبع الباقي فإن ولدت ذكراً لم يرث ولم ترث أخته ورد السبع الموقوف على الزوج والأخت نصفين فإن ولدت أنثى أو إناثاً دفع السبع الموقوف إلى المولودة والأخت للأب لأنهما أختان لأب والله أعلم بالصواب.

فصل: في الاستهلال روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما من مولود يولد إلا ركضه الشيطان فيستهل صارخاً ركضته إلا عيسى ابن مريم وأمه عليهما السلام ثم قرأ: ﴿وَإِنِّيٓ أُعِيذُهَا بِكَ وَذُرِّيَّتَهَا مِنَ ٱلشَّيۡطَٰنِ ٱلرَّجِيمِ﴾[1] [آل عمران: ٣٦] فمتى استهل المولود صارخاً فلا خلاف بين الفقهاء أنه يرث ويورث.

روى محمد بن عبد الله بن قسيط عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «إن استهل المولود ورث»[2] والاستهلال هو الصراخ، ورفع الصوت، ولذلك قيل: إهلال الحج لرفع الصوت فيه بالتلبية، وسمي الهلال هلالاً لاستهلال الناس بذكر الله تعالى عند رؤيته.

فأما ما سوى الاستهلال فقد اختلف الناس فيه فحكى عن شريح والنخعي وأبي سلمة بن عبد الرحمٰن أنه لا يرث حتى يستهل صارخاً ولا يقوم غير الاستهلال مقام الاستهلال، وقال الزهري: العطاس استهلال ويورث به، وبه قال مالك بن أنس وقال

(١) أخرجه البخاري (٦/ ٤٢)، ومسلم (١٤٦/ ٢٣٦٦)، وأحمد (٢/ ٢٣٣).
(٢) أخرجه أبو داود (٢٩٢٠)، والحاكم (١/ ٣٦٣)، والبيهقي في «الكبرى» (١٢٤٨٥).

القاسم بن محمد البكاء والعطاس استهلال ويرث بالثلاثة لا غير.

وقال الشافعي وأبو حنيفة والصحابة بأي وجه علمت حياته من حركة أو صياح أو بكاء أو عطاس ورث وورث؛ لأن الحياة علة الميراث فبأي وجه علمت فقد وجدت، ووجودها موجب لتعلق الإرث بها ثم اختلفوا إذا استهل قبل انفصاله ثم خرج ميتاً فقال أبو حنيفة وأصحابه إذا استهل بعد خروج أكثره ورث وورث وإن خرج باقيه ميتاً، وعلى مذهب الشافعي أنه لا يرث إلا أن يستهل بعد انفصاله؛ لأنه في حكم الحمل ما لم ينفصل ألا ترى أن العدة لا تنقضي به وزكاة الفطر لا تجب عليه إلا بعد انفصاله، وكذلك الميراث فإذا تقرر هذا ومات رجل وخلف ابنين وزوجة حاملاً فولدت ابناً وبنتاً فاستهل الابن أولاً ثم مات ثم استهلت البنت بعده ثم ماتت فالمسألة الأولى من ثمانية؛ لأن فيها زوجة وثلاثة بنين وبنت ثم مات الابن المستهل عن سهمين منها.

والمسألة من ستة، لأن فيها أماً وأخوين وأختاً فعادت المسألة الأولى بالاختصار إلى ستة، لأن الباقي ستة ثم ماتت البنت المستهلة عن سهم منها ومسألتها من اثني عشر؛ لأن فيها أماً وأخوين فاضربها في الستة التي رجعت المسألة إليها يكن اثنتين وسبعين، ومنها تصح المسائل فمن كان له شيء من اثني عشر أخذه مضروب له في واحد، ومن كان له شيء من ستة فهو مضروب له في اثني عشر، فلو كانت البنت هي المستهلة أولاً وماتت ثم استهل الابن بعدها ومات فقد ماتت البنت عن سهم من ثمانية ومسألتها من ثمانية عشر؛ لأن فيها أماً وثلاثة إخوة فاضرب الثمانية عشر في الثمانية يكن مائة وأربعة وأربعين من له شيء من ثمانية مضروب له في ثمانية عشر، ومن له شيء من ثمانية عشر مضروب له في واحد هو تركت البنت المستهلة.

فعلى هذا كان للابن المستهل بعدها سهمان من ثمانية في ثمانية عشر يكن ستة وثلاثين، وله خمسة من ثمانية عشر في واحد فصار ماله منها أحداً وأربعين من مائة وأربعة وأربعين ثم مات عنها ومسألته من اثني عشر، لأن فيها أماً وأخوين وهي لا توقف تركته بشيء فاضرب اثني عشر في مائة وأربعة وأربعين تكن ألفاً وسبع مائة وثمانية وعشرين سهماً ومنها يصح له شيء من مائة وأربعة وأربعين مضروب له في اثني عشر ومن له شيء من اثني عشر مضروب له في أحد وأربعين، فلو مات رجل وخلف أماً وأخاً وأم ولد حاملاً منه فولدت ابناً وبنتاً توأمين فاستهل أحدهما ووجدا ميتين، ولم يعلم أيهما كان المستهل فالعمل في مسائل هذا الفصل مشترك بين عمل المناسخات؛ لأن الوارث المستهل قد صار موروثاً وبين عمل مسائل المعقود لاستخراج أقل الأنصباء فنقول إن كان الابن هو المستهل فللأم السدس والباقي للابن وهو خمسة أسهم ثم مات عنها ومسألته من ثلاثة، لأن فيها أماً وعماً فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر للأم منها سهم من ستة في ثلاثة تكن ثلاثة ولأم الولد سهم من ثلاثة في خمس تكن خمسة وللعم سهمين من

ثلاثة في خمسة تكن عشرة.

وإن كانت البنت هي المستهلة فللأم السدس وللبنت النصف والباقي للأخ هي من ستة، ثم ماتت البنت عن ثلاثة أسهم ومسألتها من ثلاثة، لأن فيها أماً وعماً فينقسم سهامها عليهما الستة تدخل في الثمانية عشر وهي توافقها بالأسداس، من له شيء من إحدى المسألتين مضروب له في سدس الأخرى فللأم السدس من المسألتين فهو لها؛ لأن لها من الأول ثلاثة من ثمانية عشر مضروب في سدس الستة وهو واحد تكن ثلاثة ولها من الستة واحد مضروب في سدس الثمانية عشر وهو ثلاثة تكن ثلاثة فاستوى سهمها في المسألتين فأخذته ولأم الولد الأولى خمسة من ثمانية عشر مضروبة في سدس الستة وهو واحد يكن خمسة ولها من الستة سهم من ستة مضروب في سدس الثمانية عشر وهو ثلاثة يكن ثلاثة فتعطى ثلاثة أسهم، لأنه أقل النصيبين، وللأخ من الأولى عشرة مضروبة في واحد تكن عشرة وله من الثانية أربعة أسهم مضروبة في ثلاثة تكن اثني عشر فيعطى عشرة أسهم؛ لأنه أقل النصيبين ويوقف سهمان من العم وأم الولد حتى يصطلحا عليه، لأنه لا شيء فيه للأم ثم على قياس هذا والله أعلم بالصواب.

باب ذوي الأرحام

قَالَ الْمُزَنِيُّ[(١)] رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «احْتِجَاحُ الشَّافِعِيُّ فِيمَنْ يُؤَوِّلُ الآيَةِ فِي ذَوِي الأَرْحَامِ قَالَ لَهُمُ الشَّافِعِيُّ: لَوْ كَانَ تَأْوِيلُهَا كَمَا زَعَمْتُمْ كُنْتُمْ قَدْ خَالَفْتُمُوهَا قَالُوا فَمَا مَعْنَاهَا؟ قُلْنَا: تَوَارَثَ النَّاسُ بِالْحِلْفِ وَالنُّصْرَةِ ثُمَّ تَوَارَثُوا بِالإِسْلَامِ وَالهِجْرَةِ ثُمَّ نَسَخَ اللَّهُ تَبَارَكَ وَتَعَالَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: ﴿وَأُوْلُوا ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٦] **عَلَى مَا فَرَضَ اللَّهُ لَا مُطْلَقاً أَلَّا تَرَى أَنَّ الزَّوْجَ يَأْخُذُ أَكْثَرَ مِمَّا يَأْخُذُ ذَوُو الأَرْحَامِ وَلَا رَحِمَ لَهُ؟ أَوْ لَا تَرَى أَنَّكُمْ تُعْطُونَ ابْنَ العَمِّ الْمَالَ كُلَّهُ دُونَ الخَالِ وَأَعْطَيْتُمْ مَوَالِيَهُ جَمِيعَ المَالِ دُونَ الأَخْوَالِ فَتَرَكْتُمُ الأَرْحَامَ وَأَعْطَيْتُمْ مَنْ لَا رَحِمَ لَهُ؟»**.

قال في الحاوي: قد مضى الكلام في ذوي الأرحام مع وجود بيت المال وأن لهم الميراث عند عدمه لعدول بيت المال عن حقه هذا إذا لم يكن عصبة وإن بعدت ولا ذو فرض برحم ولا مولى معتق فيصير حينئذٍ ذوو الأرحام مع وجود بيت المال وأن لهم الميراث مع عدمه وورثته وإن خالف فيه من أصحابنا من رددنا قوله وأوضحنا فساده وإذا صح توريثهم فهم خمسة عشر يتفرعون.

وهم الجد أبو الأم وأم أبي الأم والخال وأولاده والخالة وأولادها والعمة وأولادها وولد البنات وبنات الإخوة وولد الأخوات وولد الإخوة للأم وبنات الأعمام والعم للأم

---

(١) انظر الأم (٣/ ١٥٥، ١٥٦).

وأولادهم فاختلف مورثوهم في كيفية توريثهم فذهب أبو حنيفة وصاحباه وأهل العراق إلى توريثهم بالقرابة على ترتيب العصبات فأولادهم من كان ولد من ولد الميت وإن سفلوا ثم من كان من ولد الأبوين أو أحدهما ثم ولد أبوي الأبوين يجعلون ولد كل أب أو أم أقرب أولى من ولد أب أو أم أبعد منه ويقولون في الخالات المفترقات والعمات المفترقات إذ أحقهن من كان لأب وأم فإن لم يكن فمن كان لأب فإن لم يكن فمن كان لأم وذهب جمهور مورثيهم إلى التنزيل فيقولون كل واحد منهم بمنزلة من أدلى به من الورثة من عصبة أو ذي فرض وهو الظاهر من قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وعلقمة والشعبي والنخعي والثوري وابن أبي ليلى وشريك والحسن بن صالح واللؤلؤي وأبي عبيد وعن أبي يوسف نحوه ثم رجع عنه فيجعلون ولد البنات والأخوات بمنزلة أمهاتهم وبنات الإخوة وبنات الأعمام بمنزلة آبائهم والأخوال والخالات وآباء الأم بمنزلة الأم وخال الأم بمنزلة أم الأم وخال الأب بمنزلة أم الأب والعم للأم بمنزلة الأب. فأما العمات فاختلف المنزلون فيهن فنزلهم عمر وعبد الله رضي الله عنهما بمنزلة الأب وهي إحدى الروايتين عن علي عليه السلام وبه قال النخعي والحسن بن صالح والرواية المشهورة عن علي عليه السلام أنهن بمنزلة العم، وهو قول الشعبي ويحيى بن آدم وضرار بن صرد وكأنهم ذكروهن وقد حكي عن الثوري وأبي عبيد ومحمد بن سالم أنهم نزلوا العمة منزلة بنات الإخوة وولد الأخوات بمنزلة الجد ونزولها مع غيرهم بمنزلة الأب واختلف المنزلون في توريث القريب والبعيد فالمعمول عليه من قول الجمهور أن أقربهم أولى بوارث أولادهم بالميراث فإن استووا أخذ كل واحد منهم نصيب من أدلى به وذهب قوم إلى أن كل ذي رحم بمنزلة سببه، وإن بعد فورثوا البعيد مع القريب إذا كانا من جهتين مختلفتين، هذا قول الثوري والحسن بن صالح وأبي عبيد ومحمد بن مسلم، وضرار بن صرد فإن كانا من جهة واحدة ورثوا الأقرب فالأقرب. واختلف أهل التنزيل في تنزيل وارث الأم مثل ابن أخيها وعمها وابن عمها وابن أبيها وأم جدها هل ينزلون في أول درجة بمنزلتها وإن بعدوا منها أو ينزلون بطناً بعد بطن، فذهب جمهورهم إلى أنهم ينزلون بطناً بعد بطن.

وقال إبراهيم النخعي: لقب الأم ثم أجعلها لورثتها وبه قال أبو عبيد ويحيى بن آدم واختلفوا في تفضيل الذكر على الأنثى فذهب جمهورهم إلى أنه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين إلا ولد الإخوة من الأم والأخوال والخالات من الأم والأعمام والعمات من الأم، فإنه يستوي فيه ذكورهم وإناثهم، وذهب قوم إلى التسوية بين ذكورهم وإناثهم وهو قول نعيم بن حماد وأبي عبيد وإسحاق بن راهويه وبالجمهور من قول المنزلين يفتي وعليه يعمل؛ لأنه أجرى على القياس من قول أهل القرابة فلذلك ذهبنا إليه والله أعلم بالصواب.

فصل: في ولد البنات إلى ترك بنت بنت وثلاثة بنات بنت وأربع بنات بنت ثالثة

فالمال في الأصل مقسوم بينهم على ثلاثة أسهم بعدد من أدلين به من الأمهات ثم يجعل كل سهم لولدها وتصح من ستة وثلاثين سهماً الثلث منها اثنا عشر سهماً لبنت البنت الواحدة واثنا عشر سهماً لثلاث بنات البنت الثانية أثلاثاً لكل واحدة منهن أربعة أسهم واثنا عشر سهماً لأربع بنات البنت الثالثة أرباعاً لكل واحدة منهن ثلاثة أسهم، وقال أبو حنيفة: يقسم بينهن على عدد رؤوسهن أثماناً لكل واحدة سهم، كما يقسم بين العصبات على أعدادهم ولا يعتبر أعداد آبائهم كما لو ترك ابن ابن وخمسة بني ابن آخر قسم المال بينهم أسداساً على أعدادهم ولم يقسم نصفين على أعداد آبائهم وهذا خطأ، لأن العصبات يرثون بأنفسهم فلذلك قسم على عددهم، وذوو الأرحام يدلون بغيرهم فقسم بينهم على عدد من أدلوا به، فلو ترك ابن بنت مع أخته وبنت بنت أخرى كان لبنت البنت النصف ولابن البنت مع أخته النصف بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وتصح من ستة وعلى قول أبي عبيد وإسحاق النصف بينهما بالسوية، وعلى قول أبي حنيفة المال: بين جميعهم للذكر مثل حظ الأنثيين على أربعة أسهم فلو ترك بنت بنت وبنت وبنت ابن كان لبنت البنت النصف سهم أمها ولبنت بنت الابن السدس سهم أبيها والباقي رد عليها فيصير المال بينهما على أربعة أسهم وعلى قول أبي حنيفة: المال كله لبنت البنت، لأنها أقرب فلو ترك بنت ابن بنت وبنت بنت بنت ابن فالمال كله لبنت بنت الابن في قول الجميع.

أما على قول أهل التنزيل فلأنها بعد درجة بنت ابن وارثة.

وأما على قول أبي حنيفة فلأنهما استويا في البعد وهذه تدلي بوارث ومن مذهبه أنه مع استواء الدرج يقدم من أدلى بوارث، فلو ترك ابن ابن بنت وابن ابن بنت ابن كان المال كله لابن ابن بنت الابن في قول الجميع؛ لأنه مع استواء الدرج أقرب إدلاء بوارث.

فصل: في ولد الأخوات وإذا ترك بنت أخت وابني أخت أخرى كان النصف لبنت الأخت والنصف لابني الأخت الأخرى، وتصح من أربعة وعلى قول أبي حنيفة المال بينهم على خمسة للذكر مثل حظ الأنثيين فلو ترك ابن أخت لأب وأم وابن أخت لأب كان لابن الأخت للأب والأم النصف ولابن الأخت للأب السدس والباقي رد عليهم وتصح من أربعة وهو قول محمد بن الحسن وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة.

وعلى قول أبي يوسف المال كله لابن الأخت للأب والأم وهي إحدى الروايتين عن أبي حنيفة.

فلو ترك بنت أخت لأب مع أخيها وابن أخت لأم مع أخته كان الولد الأخت من الأب ثلاثة أرباع بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ولولد الأخت من الأم الربع بينهما نصفين وتصح من ثمانية.

فلو ترك ثلاثة بنين وثلاث بنات أخوات مفترقات كان المال بينهم في الأصل على خمسة أسهم سهم لابن وبنت الأخت من الأم بينهما نصفين وسهم لابن وبنت الأخت من الأب بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وثلاثة أسهم للابن وبنت الأخت من الأب والأم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وتصح من ثلاثين سهماً.

فصل: في بنات الإخوة وإذا ترك بنتي أخ وخمس بنات أخ آخر كان النصف بين بنتي الأخ نصفين والنصف الآخر بين خمس بنات الأخ الآخر على خمسة وتصح من عشرين سهماً وعلى قول أبي حنيفة المال بينهم على سبعة أسهم. على أعدادهن فلو ترك ثلاث بنات إخوة متفرقين كان لبنت الأخ من الأم السدس والباقي لبنت الأخ للأب والأم ولا شيء لبنت الأخ للأب، لأن أباها مع أخويها غير وارث وهو قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة وعلى قول أبي يوسف الأخير وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة المال لبنت الأخ للأب والأم.

ولو ترك ابن أخ لأم مع أخته وبنت أخ، لأن كان السدس بين ابن الأخ وبنت الأخ من الأم نصفين ولبنت الأخ من الأب الباقي، وعلى قول محمد بن الحسن لابن الأخ وبنت الأخ من الأم الثلث كأنهما أخ وأخت من أم والباقي لبنت الأخ من الأب.

وعلى قول أبي يوسف المال كله لبنت الأخ للأب.

ولو ترك بنت أخ لأم وابن أخت لأم وبنت أخ لأب كان لبنت الأخ للأم السدس ولابن الأخت للأم السدس والباقي لبنت الأخ للأب وتصح من اثني عشر.

وعلى قول محمد بن الحسن لولد الأخ من الأم الثلث بينهما أثلاثاً على عددهم والباقي لبنت الأخ للأب وعلى قول أبي يوسف المال كله لبنت الأخ للأب والله أعلم.

فصل: في ولد الأخوات مع بنات الإخوة وإذا ترك بنتي أخ لأب وأم وابن أخت لأب وأم كان المال بينهما على ثلاثة أسهم لابن الأخت للأب والأم سهم نصيب أبيه ولابنتي الأخ للأب والأم سهمان نصيب أبيهما، وعلى قول محمد بن الحسن هي من خمسة لبنتي الأخ أربعة كأنهما أخوان، ولابن الأخت سهم كأنه أخت.

وعلى قول أبي يوسف لابن الأخت سهمان ولبنتي الأخ سهمان يقسم على رؤوسهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

فلو ترك ابني أخت لأب وأم وبنت أخ لأب كان لابني الأخت للأب والأم النصف والباقي لبنت الأخ للأب وعلى قول محمد بن الحسن لابني الأخت للأب والأم الثلثان والباقي لبنت الأخ للأب وعلى قول أبي يوسف المال لابني الأخت للأب والأم.

ولو ترك ابن أخت لأب وأم معه أخته وبنتي أخ لأب وبنت أخت لأب كان المال بينهم على ستة أسهم لابن الأخت للأب والأم النصف ثلاثة أسهم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، ولبنتي الأخ للأب ثلثا الباقي وهو سهم واحد، وعلى قول محمد بن الحسن لولد الأخت للأب والأم الثلثان، ولابنتي الأخ للأب أربعة أخماس الباقي، والخمس الباقي لبنت الأخت.

ولو ترك بنت ابن أخت لأب وأم وبنت ابن أخ لأب كان المال كله لبنت ابن الأخ للأب في قول الجميع.

ولو ترك ثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات وبنت ابن أخ لأب كان لبنت الأخت من الأم السدس ولبنت الأخت من الأب والأم النصف ولبنت الأخت من الأب السدس والباقي لبنت ابن الأخ وفي قول محمد بن الحسن المال بين بنات الأخوات على خمسة أسهم وعلى قول أبي يوسف هو لبنت الأخت للأب والأم.

فصل: في العمات والخالات خالة من أم وعمة من أب وأم للخالة الثلث والباقي للعمة في قول الجميع كذلك إن كانت الخالة من أب عمة لأم وبنت خالة لأب وأم المال للعمة للأم، لأنها أقرب خالة لأم وبنت عمة لأب وأم المال للخالة، لأنها أقرب.

ثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات الثلث بين الخالات على خمسة والثلثان بين العمات على خمسة، لأنهن أخوات مفترقات وعلى قول أهل القرابة الثلث للخالة للأب والأم والثلثان للعمة للأب والأم. عمة لأب وخالتان لأب وأم وخال وخالة لأب للعمة الثلث وللخالتين للأب والأم ثلث وباقي الثلث للخال، والخال من الأب على ثلاثة وتصح من سبعة وعشرين عمتان من أب وعم وعمة من أم وخالة من أم وخالة من أب تصح من ستة وثلاثين سهماً للخالة من الأم ربع الثلث ثلاثة أسهم، وللخالة من الأب ثلاثة أرباعه تسعة أسهم وباقي الثلث للخال وللعمتين من الأب ثلثا الثلثين ستة عشر أسهم وللعم والعمة من الأب ثلث الثلثين ثمانية أسهم.

خال وخالة من أب وخال وخالة من أم وعمة من أب وأم وعمة من أب تصح من أربعة وخمسين سهماً للخال والخالة من الأم ثلث الثلث اثنا عشر سهماً بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وللعمة للأب والأم ثلاثة أرباع الثلثين سبعة وعشرون سهماً، وللعمة من الأب ربع الثلثين تسعة أسهم. خال وخالة من أم وبنت عم لأب وأم للخال والخالة الثلث بينهما نصفين والباقي لبنت العم وفي قول أهل القرابة المال كله للخال والخالة من الأم للذكر مثل حظ الأنثيين، لأنهما أبعد وأقرب ويورثون كل ذكر مثل حظ الأنثيين إلا ولد الإخوة والأخوات من الأم.

فصل: في ولد الأخوال والخالات ثلاث بنات ثلاث خالات مفترقات وثلاث بنات ثلاث عمات مفترقات الثلث بين ثلاث بنات الخالات على خمسة، والثلثان بين بنات العمات المفترقات على خمسة كأمهاتهن وعلى قول أهل القرابة الثلث لبنت الخالة للأب والأم والثلثان لبنت العمة للأب والأم ثلاث بنات ثلاثة أموال مفترقين وبنت عمة من أب وبنت عمة من أم سدس الثلث لبنات الخال من الأم وباقيه وهو خمسة أسداسه لبنت الخال للأب والأم وتسقط معها بنت الخال من الأب لسقوط أبيها مع أبويها ويكون الثلثان بين بنتي العمتين على أربعة ثلاثة منها لبنت العمة من الأب والأم وسهم لبنت العمة من الأم وتصح من ثمانية عشر.

ابن وبنت خال من أم وخمس بنات خالة من أم وبنت عم وابنا عمة من أم نصف الثلث بين الابن وابنة الخال من الأم نصفين ونصفه الآخر بين بنات الخالة من الأم على أعدادهن أخماساً ولبنت العم من الأم نصف الثلثين ونصفه الآخر بين ابني العمة من الأم فيأخذ كل فريق نصيب من يدلي به وتصح من ستين سهماً ابن خال من أم وبنت خالة من أب وبنت عمة لأب وأم وابن عم لأب فلابن الخال من الأم ربع الثلث ولبنت الخالة من الأب ثلاثة أرباع الثلث ولابن العم من الأب ربع الثلثين ولبنت العمة من الأب ثلاثة أرباع الثلثين وتصح من اثني عشر سهماً.

فصل: في خالات الأم وعماتها وخالات الأب وعماته خالة أم وخالة أب فخالة الأم بمنزلة أم الأم وخالة الأب بمنزلة أم الأب فصارتا جدتين فكان المال بينهما نصفين وعلى قول أهل القرابة لخالة الأم الثلث ولخالة الأب الثلثان.

وعمة أم وعمة أب فعمة الأب بمنزلة أبي الأب وهو وارث وعمة الأم بمنزلة أبي الأم وهو غير وارث فكان المال كله لعمة الأب.

وعلى قول أهل القرابة لعمة الأم الثلث ولعمة الأب الثلثان.

وخالة أم وعمة أب لخالة الأم السدس، لأنها بمنزلة أم الأم والباقي لعمة الأب، لأنها بمنزلة أب الأب وعلى قول أهل القرابة الثلث والثلثان.

خالة أم وعمة أم وخالة أب وعمة أب لخالة الأم وخالة الأب السدس بينهما نصفين لأنهما بمنزلة جدتين، والباقي لعمة الأب، لأنها بمنزلة أب الأب ولا شيء لعمة الأم، لأنها بمنزلة أب الأم.

ثلاث خالات وثلاث عمات أب كلهن مفترقات وثلاث عمات وثلاثة أعمام وثلاث خالات أم كلهن مفترقين فنصف السدس بين خالات الأم على خمسة ونصف السدس بين خالات الأب على خمسة؛ لأن الفريقين بمنزلة جدتين والباقي بعد السدس بين عمات الأب على ثمانية لأنهن بمنزلة أب الأب وتسقط أعمام الأم وعماتها لأنهم بمنزلة أبي الأم.

ابن عم معه أخته وبنت خال أم مع أخيها وابن خال أب معه أخته فالنصف بين بنت خال الأم وأختها أثلاثاً، لأنهما بعد درجتين بمنزلة أم الأم والنصف الآخر بين ابن خال الأب وأخته أثلاثاً؛ لأنهما بعد درجتين بمنزلة أم الأم والنصف الآخر بين ابن خال الأب وأخته أثلاثاً، لأنهما بعد درجتين بمنزلة أم الأب ولا شيء لابن عم الأم وأخته لأنهما بعد درجتين بمنزلة أبي الأم والله أعلم بالصواب.

فصل: في الأجداد والجدات الذين يرثون برحم.

مسألة(1):

قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: «إِذَا وَرِثَ الجَدُّ مَعَ الإِخْوَةِ لِلأَبِ وَالأُمِّ أَوْ لِلأَبِ قَاسَمَهُمْ مَا كَانَتْ المُقَاسَمَةُ خَيْراً لَهُ مِنَ الثُّلُثِ فَإِذَا كَانَ الثُّلُثُ خَيْراً لَهُ مِنْهَا أُعْطِيَهُ وَهَذَا قَوْلُ زَيْدٍ وَعَنْهُ قَبِلْنَا أَكْثَرَ الفَرَائِضِ وَقَدْ رُوِيَ هَذَا القَوْلُ عنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَابْنُ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قَالُوا فِيهِ مِثْلَ قَوْلِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ وَهُوَ قَوْلُ الأَكْثَرِ مِنْ فُقَهَاءِ البُلْدَانِ فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: فَإِنَّا نَزْعُمُ أَنَّ الجَدَّ أَبٌ لِخِصَالٍ، مِنْهَا أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى قَالَ: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾ [الحجّ: ٧٨]» فَأَسْمَى الجَدَّ فِي النَّسَبِ أَباً وَلَمْ يُنْقِصْهُ المُسْلِمُونَ مِنَ السُّدُس وَهَذَا حُكْمُهُمْ لِلأَبِ وَحَجَبُوا بِالجَدِّ بَنِي الأُمِّ وَهَكَذَا حُكْمُهُمْ فِي الأَبِ فَكَيْفَ جَازَ أَنْ تُفَرِّقُوا بَيْنَ أَحْكَامِهِ وَأَحْكَام الأَبِ فِيمَا سِوَاهَا؟ قُلْنَا إِنَّهُمْ لَمْ يَجْمَعُوا بَيْنَ أَحْكَامِهِمَا فِيهَا قِيَاساً مِنْهُمْ لِلجَدِّ عَلَى الأَبِ، لأَنَّهُ لَوْ كَانَ إِنَّمَا يَرِثُ بِاسْمِ الأُبُوَّةِ لَوَرِثَ وَدُونَهُ أَبٌ أَوْ كَانَ قَاتِلاً أَوْ مَمْلُوكاً أَوْ كَافِراً فَالأُبُوَّةُ تَلْزَمُهُ وَهُوَ غَيْرُ وَارِثٍ وَإِنَّمَا وَرَّثْنَاهُ بِالخَبَرِ فِي بَعْضِ المَوَاضِعِ دُونَ بَعْضٍ لَا بِاسْمَ الأُبُوَّةِ وَنَحْنُ لَا نُنْقِصُ الْجَدَّةِ مِنَ السُّدُسِ أَفَنَرَى ذَلِكَ قِيَاساً عَلَى الأَبِ يَحْجُبُونَ بِهَا الإِخْوَةِ لِلأُمِّ وَقَدْ حَجَبَهُمُ الإِخْوَةِ مِنَ الأُمِّ بِابْنَةِ ابْنِ مُتَسَفِّلَةٍ أَفَتَحْكُمُونَ لَهَا بِحُكْم الأَبِ؟ وَهَذَا يُبَيِّنُ أَنَّ الفَرَائِضَ تَجْتَمِعُ فِي بَعْضِ الأُمُورِ دُونَ بَعْضٍ؟ وَقُلْنَا أَلَيْسَ إِنَّمَا يُدْلِي الجَدُّ بِقَرَابَةِ أَبِ المَيِّتِ بِأَنْ يَقُولَ الجَدُّ أَنَا أَبُو أَبِ الميت والأخ أَنَا ابْنُ أَبِي المَيتِ فَكِلَاهُمَا يُدْلِي بِقَرَابَةِ أَبِي المَيِّتِ؟ قُلْنَا: أَفَرَأَيْتُمْ لَوْ كَانَ أَبُوهُ المَيْت فِي تِلْكَ السَّاعَةِ أَيُّهُمَا كَانَ أَوْلَى بِمِيراثِهِ؟ قَالُوا يَكُونُ لأَخِيهِ خَمْسَةُ أَسْدَاس وَلِجَدِّهِ سُدُسٌ. قُلْنَا: فَإِذَا كَانَ الأَخُ أَوْلَى بِكِثْرَةِ المِيرَاثِ مِمَّنْ يُدْلِيَانِ بِقَرَابَتِهِ فَكَيْفَ جَازَ أَنْ يَحْجُبَ الَّذِي أَوْلَى بِالأَبِ الَّذِي يُدْلِيَانِ بِقَرَابَتِهِ بِالَّذِي هُوَ أَبْعَدُ؟ وَلَوْلَا الخَبرُ كَانَ القِيَاسُ أَنْ يُعْطَى الأَخُ خَمْسَةَ أَسْهُمٍ وَالجَدُّ سَهْماً كَمَا وَرَّثْنَاهُمَا حِينَ مَاتَ ابْنُ الجَدِّ وَأَبُو الأَخِ».

قال في الحاوي: أبو أبي أم، وأبو أم أب، المال لأبي أم الأب؛ لأنه يدلى بوارث

---

(١) انظر الأم (٣/١٥٦ ـ ١٥٩).

وعلى قول أهل القرابة: لأبي أبي الأم الثلث، ولأبي أم الأب الثلثان.

أبو أم أم، وأبو أم أب، المال بينهما نصفين، لأنهما بمنزلة أم أم وأم أب.

جد أم أم، وجد أم أب المال بين أبي أم أم الأم، وأبي أم أم الأب نصفين.

أبو أبي أم، وأبو أم أب، المال لأبي أم الأب.

أبو أبي أم أم، وأبو أبي أبي أم، وأبو أبي أم أب نصف المال بين أبوي أبي أم الأم على ثلاثة، والنصف بين أبوي أبي أم الأب على ثلاثة؛ لأنك إذا نزلت أبوي أبي أم الأم صار في أول درجته بمنزلة أبي أم أم هي بمنزلة أم أم وهي وارثة، وإذا نزلت أبوي أبي أم الأب صار في أول درجته بمنزلة أبي أم أب ثم بمنزلة أم أب وهي وارثة، فهاتان جدتان المال بينهما نصفان نصف لأم الأم يرثه عنها أبوها ثم يرث عن ابنها أبواه، وكذلك النصف الذي لأم الأب يرثه عنها أبوها ثم يرث عن أبيها أبواه، وأما أبو أبي أبي الأم فبعد درجتين يصير أبا أم وليس بوارث؛ فلذلك لم يرثها، فهذا هو المشهور من قول المنزلين، والصحيح مذاهبهم.

أم أبي أبي أم، وأبو أم أبي أم، وأبو أبي أم أب، وأبو أبي أم أم، النصف بين أبوي أبي أم الأم على ثلاثة، والنصف بين أبوي أبي أبي أم الأب على ثلاثة؛ لأن أبوي أبي أم الأم في أول درجته بمنزلة أبي أم أم ثم بمنزلة أم أم وهي وارثة وأبو أبي أم الأب في أول درجة بمنزلة أم أب وهي وارثة. فصار معك بعد درجتين جدتان: أم أم، وأم أب وأما أبو أبي أبي أم فبعد درجتين أبو أم وليس بوارث، وأما أبو أم أبي أم فبعد درجتين أيضاً أبو أم وليس بوارث، فأما على قول من أمات السبب فجعل كلها نصف على ستة السدس وما بقي على ما ذكرنا والله أعلم بالصواب.

فصل: في توريث الزوج والزوجين مع ذوي الأرحام اختلف من قال بتوريث ذوي الأرحام فيهم إذا دخل معهم زوج أو زوجة هل يعتبر إدخالهما مع من يدلي بذوي الفروض منهم والعصبات أم لا؟ ويكون الباقي بعد فرض الزوج والزوجة كتركة تستأنف قسمتها بينهم على قدر ما يدلون من ذي فرض أو تعصيب على قولين:

أحدهما: وهو قول محمد بن الحسن والحسن بن زياد اللؤلؤي، وأبو عبيد القاسم بن سلام: أن الزوج والزوجة يعطيان فرضهما ويخرجان ويقسم الباقي بين ذوي الأرحام على قدر فروضهم كأن لا زوج معهم ولا زوجة.

والقول الثاني: وهو قول يحيى بن آدم وضرار بن صرد ومن تابعها: أن الزوج والزوجة يدخلان على ذوي الأرحام ويقسم الباقي بعد فرض الزوج والزوجة على قدر سهام من يدلون به من الزوج والزوجة.

مثاله: زوج، وبنت بنت، وخالة، وبنت أخت، فعلى قول من قال بالإخراج: يأخذ الزوج النصف، ويقسم الباقي على ستة أسهم: لبنت البنت النصف ثلاثة أسهم وللخالة السدس سهم واحد، والباقي وهو سهمان لبنت الأخت وتصح من اثني عشر سهماً، وعلى قول من قال بالإدخال أنهم بعد التنزيل يصيرون زوجاً، وأماً، وبنتاً وأختاً فتكون من اثني عشر للزوج الربع ثلاثة أسهم وللأم السدس سهمان، وللبنت النصف ستة أسهم، وللأخت ما بقي وهو سهم ثم أجمع سهام الأم والبنت والأخت وهي تسعة واعط الزوج النصف سهماً من اثنين ثم اقسم الباقي على تسعة أسهم لا تنقسم فاضرب تسعة في اثنين تكن ثمانية عشر للزوج النصف تسعة أسهم، ولبنت البنت ستة أسهم، وللخالة سهمان، ولبنت الأخت سهم والفرق إنما يقع بين الإدخال والإخراج فيما يورث فيه بفرض وتعصيب، فأما إن كان بفرض وحده أو تعصيب وحده فلا فرق بين الإدخال والإخراج.

زوجة وبنت بنت، وبنت بنت ابن، وبنت عم. فعلى قول من قال بالإخراج: للزوجة الربع والباقي على ستة أسهم لبنت البنت نصفه ثلاثة أسهم ولبنت بنت الابن سدسه سهم ولبنت العم باقيه وهو سهمان، وتصح من ثمانية أسهم، وعلى قول من قال بالإدخال جعلهم بعد التنزيل زوجة، وبنتاً وبنت ابن، وعماً فتكون من أربعة وعشرين للزوجة الثمن ثلاثة، وللبنت النصف اثني عشر ولبنت الابن السدس أربعة والباقي لبنت العم وهو خمسة فاجمع سهام من سوى الزوجة تكن أحداً وعشرين سهماً ثم اعط الزوجة الربع واقسم الباقي وهو ثلاثة أرباع المال على أحد وعشرين سهماً لا تنقسم لكن توافق بالأثلاث إلى سبعة فاضربها في الأصل وهو أربعة تكن ثمانية وعشرين: للزوجة منها الربع سبعة أسهم، والباقي وهو واحد وعشرون سهماً لبنت البنت منها اثنا عشر ولبنت بنت الابن أربعة ولبنت العم خمسة.

زوج وثلاث بنات ثلاثة إخوة متفرقين فعلى قول من قال بالإخراج للزوج النصف والباقي على ستة أسهم لبنت الأخ للأم سدسه سهم، وباقيه وهو خمسة أسهم لبنت الأخ للأب والأم وتصح من اثني عشر سهماً.

وعلى قول من قال بالإدخال: للزوج النصف ولبنت الأخ من الأم سدس جميع المال والباقي لبنت الأخ للأب والأم وتصح من ستة أسهم.

زوج هو ابن خال، وبنت بنت عم، على قول من قال بالإخراج للزوج النصف وله سدس الباقي، وما بقي لبنت بنت العم وتصح من اثني عشر للزوج سبعة ولبنت بنت العم خمسة، وعلى قول من قال بالإدخال: للزوج النصف، وله سدس جميع المال، وما بقي لبنت بنت العم، وتصح من ستة أسهم للزوج أربعة، ولبنت بنت العم سهمان.

زوجة هي بنت عم، وبنت أخت. على قول من قال بالإخراج للزوجة الربع، ولبنت الأخت نصف ما بقي والباقي للزوجة لكونها بنت عم، وتصح من ثمانية أسهم للزوجة خمسة أسهم، ولبنت الأخت ثلاثة أسهم وعلى قول من قال بالإدخال: للزوجة الربع ولبنت الأخت نصف جميع المال، والباقي للزوجة فيصير المال بينهما نصفين.

فصل: في توريث من يدلي بقرابتين ابن بنت بنت هو ابن ابن بنت أخرى، وبنت بنت بنت واحدة على قول أهل التنزيل: للابن النصف بقرابة أبيه، وله الثلث بقرابة أمه، وللبنت وهي أخته من أمه السدس، وتكون من ستة للابن خمسة، وللبنت سهم، لأنهما في التنزيل بمنزلة بنتين أخذتا المال نصفين ثم تركت إحداهما ابناً فصار النصف له، وأما الأخرى فتركت بنتاً صار النصف إليها، ثم تركت البنت ابناً وبنتاً فصار النصف بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين فصار إلى الابن النصف عن جدته أم أبيه والثلث عن جدته أم أمه، وصار إلى جدته السدس عن جدتها أم أمها، وكذلك قول أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف: للذكر أربعة أخماس، وللأنثى خمس، لأنه يجعل من يدلي بقرابتين كشخصين.

بنتا أخت لأم إحداهما بنت أخ لأب، وبنت أخت لأم وأب، وهي من اثني عشر، لبنت الأخت من الأب والأم النصف ستة، ولبنت الأخ من الأب أربعة بقرابة أبيها، وسهم بقرابة أمها، فصار لها خمسة، ولأختها سهم؛ لأنهم بمنزلة أخت لأب وأم وأخت لأم وأخ لأب.

بنتا بنت أخت لأب، وإحداهما هي بنت ابن أخت لأب، والأخرى هي بنت ابن أخ لأم، هي من عشرة أسهم للتي هي بنت ابن أخت ثلاثة أسهم بأمها وسهمان بأبيها، ولأختها كذلك، فيصير المال بينهما نصفين؟ لأنهما بمنزلة أخت لأب وأم وأخت لأب، وأخ لأم، فكان المال على خمسة: ثلاثة أسهم منها وهي سهام الأخت للأب والأم صارت إلى بنتي بنتيها، وسهم الأخت من الأب صار إلى بنت أبيها، وسهم الأخ من الأم صار إلى بنت ابن.

خالتان من أم إحداهما هي عمة من أب، وعم من أم هو خال من أب، هي من ثمانية عشر، للخالة التي هي عمة من أب تسعة أسهم بأنها عمة وسهم بأنها خالة، ولأختها سهم، وللعم ثلاثة أسهم بأنه عم من أم، وله أربعة أسهم بأنه خال من أب، لأنهم ينزلون بمنزلة خالتين من أم، وخال من أب، وعمة من أب وعم من أم فكان الثلث بين الخالتين من الأم والخال من الأب على ستة، والثلثان بين العمة من الأب والعم من الأم على أربعة فصححت من ثمانية عشر سهماً لبنت ابن الخال الأب التي هي بنت عم من أم ستة أسهم بأمها وسهم أبيها، ولأختها التي هي بنت خالة من أب سهم بأبيها وسهم

بأمها؛ لأنها بمنزلة خال وخالة من أب وعم من أم، فكان الثلث على ثلاثة وصحت من تسعة وبالله التوفيق.

فصل: في الرد وهذا إنما يكون عند نقصان الفروض عن استيعاب المال والخلاف فيه كالخلاف في ذوي الأرحام.

فالشافعي رحمه الله يمنع من الرد مع وجود بيت المال وبه قال من الصحابة: زيد بن ثابت رضي الله عنه ومن التابعين: عروة بن الزبير، وسليمان بن يسار ومن الفقهاء: مالك والزهري والأوزاعي وداود وأبو ثور وذهب أبو حنيفة وأهل العراق إلى الرد، وبه قال علي بن أبي طالب، وابن مسعود، وابن عباس، رضي الله عنهم، وقد قدمنا في الدليل على تقديم بيت المال على ذوي الأرحام والرد على أصحاب الفرائض بقية المال إذا لم تكن عصبة إذا كان بيت المال موجوداً، فأما إذا عدم بيت المال فالضرورة تدعو إلى الرد كما دعت إلى توريث ذوي الأرحام.

واختلف القائلون بالرد في كيفية الرد فكان علي بن أبي طالب عليه السلام يرد على كل ذي سهم بقدر سهمه إلا على الزوج والزوجة وهو الذي يعمل عليه ويفتي به.

وروي عن النخعي أنه كان لا يرد على الجد وليس بصحيح.

وكان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه يرد على كل ذي سهم بقدر سهمه إلا على الزوج والزوجة، وكان لا يرد على أربع مع أربع: على بنت الابن مع بنت الصلب، وعلى الأخت للأب مع الأخت للأب والأم، وعلى ولد الأم مع الأم، وعلى الجد مع ذي سهم من ذوي الأرحام.

وكان عبد الله بن عباس يرد على كل ذي سهم بقدر سهمه إلا على الزوج والزوجة والجد.

من مسائل الرد:

إذا ترك أماً، وبنتاً، فللأم السدس، وللبنت النصف والباقي رد عليهما فيصير المال بينهما على أربعة.

ولو ترك أماً، وأختاً، كان للأم الثلث وللأخت النصف والباقي رد عليهن فيصير المال بينهن على خمسة.

ولو ترك أماً وبنتين، كان للأم السدس، وللبنين الثلثان والباقي رد عليهن، فيصير المال بينهن على خمسة.

ولو ترك زوجة، وأختاً لأم، وأختاً لأب وأم كان للزوجة الربع وللأخت للأم السدس، وللأخت للأب والأم النصف ويبقى نصف سدس يرد على الأختين دون الزوجة

فيصير الباقي بعد ربع الزوجة وهو ثلاثة أرباع المال بين الأختين على أربعة وتصح من ستة عشر سهماً.

ولو تركت زوجاً، وأماً، وبنتاً كان للزوج الربع، وللأم السدس، وللبنت النصف، والباقي رد على الأم والبنت فيصير الباقي بعد ربع الزوج بين الأم والبنت على أربعة وتصح من ستة عشر كالمسألة قبلها.

ولو ترك بنتاً، وبنت ابن، كان للبنت النصف، ولبنت الابن السدس، والباقي رد عليهما على قول علي عليه السلام ويقسم المال بينهما على أربعة أسهم.

وعلى قول ابن مسعود يرد على البنت فيكون لبنت الابن السدس والباقي للبنت بالفرض والرد وتصح من ستة وهكذا القول في أخت لأب وأم وأخت لأب أو لأم.

ولو ترك جداً، وبنتاً، وبنت ابن فعلى قول علي عليه السلام: المال بينهم على خمسة، وعلى قول ابن مسعود رضي الله عنه للجدة السدس، ولبنت الابن السدس، والباقي للبنت بالفرض والرد، وتصح من ستة.

وعلى قول ابن عباس: للجدة السدس، والباقي بين البنت وبنت الابن على أربعة، وتصح من أربعة وعشرين ثم على قياس هذا يكون الرد وبالله التوفيق.

آخر كتاب الفرائض والحمد لله كثيراً.

تم الجزء السابع بتقسيم المحقق

ويليه إن شاء الله الجزء الثامن

وأوله: كتاب الوصايا

فهرس المحتويات

BAḤR AL - MAḎHAB

by

Imām Abu al-Maḥāsin al-Rūyāni

Edited by

Ṭāriq Fatḥi al-Sayyid

Volume VII

دار الكتب العلمية®
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban